التعويض القانونى فى ميزان الشرعية الدستورية

دراسة فى القانونين المصرى والكويتى

الدكتور
محمد عبد الظاهر حسين
أستاذ م القانون المدنى
بكلية الحقوق ـ بنى سويف
جامعة القاهرة

١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م

دار النهضة العربية
٣٢ ش عبد الخالق ثروت ـ القاهرة

المقدمة

الصورة الثالثة للتنفيذ بطريق التعويض تتعلق بالحالة التى يتولى فيها المشرع تحديد التعويض المستحق للدائن فى حالة التأخير فى تنفيذ التزام محله مبلغ نقدى، ويسمى التعويض هنا « بالتعويض القانونى » أو المحدد[1] .

---

[1] ويلاحظ أن المشرع لجأ إلى التحديد القانونى الجزافى للتعويض فى حالات أخرى غير الفوائد ومن هذه الحالات تشريع التأمينات الاجتماعية رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ومن قبله تشريع ٦٣ لسنة ١٩٦٤ إذ نص فى مادته ٥١ على أن « إذا نشأ عن إصابة العامل عجز كامل أو وفاة يسرى المعاش بنسبة ٨٠٪ من الأجر المنصوص عليه بالمادة (١٩) بما لا يزيد على الحد الأقصى المنصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة (٢) ولا يقل عن الحد الأدنى المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة (٢٤) ويزاد هذا المعاش بنسبة ٥٪ كل خمس سنوات حتى بلوغ المؤمن عليه سن الستين حقيقة أو حكما إذا كان العجز أو الوفاة سببا فى إنهاء خدمة المؤمن عليه » .
ويتضح بجلاء من هذا النص اتجاه المشرع إلى تحديد التعويض المستحق للعامل فى حالة إصابته التى تسببت فى عجزه أو وفاته . بشكل جزافى دون أن يدع مجالا للقاضى ليستعمل سلطته التقديرية فى تحديد التعويض . ففى حالة إصابة العامل وعجزه كليا - والذى يثبت ذلك التقارير الطبية – أو وفاته فإن المشرع قدر له معاشا يساوى ٨٠٪ من المتوسط الشهرى للأجور التى أديت على أساسها الاشتراكات خلال السنة الأخيرة عن مدة الاشتراك فى التأمين (م١٩) ويراعى عند حساب المعاش المستحق ألا يتجاوز المعاش الحد الأقصى المقرر فى المادة ٢/٢٠ من القانون (٢٠٠ جنيها شهريا) وألا يقل عن الحد الأدنى المقرر بموجب المادة ٢/٢٤ (٢٠ جنيها شهريا) . ويقدر المشرع معاشا موحدا لمن لا يستحقون أجرا ويحصلون على مكافأة وهم التلاميذ الصناعيين والطلاب المشتغلين فى مشروعات التشغيل الصيفى والمكلفين بالخدمة العامة . وقيمة المعاش عشرة جنيهات شهريا . (مادة ١/٥٤ معدلة بالتشريع رقم ١٩٨١/٦١) . ومن الإصابات التى تؤدى إلى عجز كلى مستديم فقد البصر فقدا كليا ، فقد الذراعين ، الشلل النصفى التام المقعد عن الحركة ، المرض العقلى ، هبوط القلب المزمن الشديد .

ويلاحظ أن المعاش السابق عن العجز الكلى أو الوفاة يزاد بنسبة ٥٪ كل خمس سنوات حتى بلوغ سن الستين حقيقة أو حكما إذا كان العجز أو الوفاة سببا فى إنهاء خدمة المؤمن عليه . ويلاحظ أن الجمع بين العجز والوفاة أمر فيه نظر ، لأنه إذا جاز القول بأن العجز قد لا يؤدى إلى إنهاء خدمة المؤمن عليه فى حالات ، فإن الوفاة فى جميع الحالات تؤدى إلى إنهاء خدمة المؤمن عليه .

كما يلاحظ على هذه الزيادة أيضا ضآلتها بحيث لا تتناسب مع درجة التضخم وارتفاع المعيشة التى تتم فى خلال فترة الخمس سنين التى اشترطها المشرع للزيادة فكان من المتعين رفع نسبة الزيادة أو تقليل المدة التى تحدث بعدها الزيادة . ومما يقلل من هذه الضآلة القرارات التى صدرت باستحقاق أصحاب المعاشات لكل العلاوات الاجتماعية التى تتقرر بعد ذلك .

ويلاحظ – ثالثا – أن المشرع ربط بين الحق فى المعاش وبين واقعة العجز الكلى أو الوفاة ولا يربط استحقاق معاش العجز الكامل أو الوفاة الناتجة عن إصابة العمل بانتهاء الخدمة نتيجة العجز أو الوفاة .

وتقضى المادة ٥٢ من ذات التشريع بأن « إذا نشأ عن الإصابة عجز جزئى مستديم تقدر نسبته بـ ٣٥٪ فأكثر استحق معاشا يساوى نسبة ذلك العجز من المعاش المنصوص عليه بالمادة ٥٣ فالإصابة التى تؤدى إلى عجز جزئى مستديم قررت التقارير الطبية نسبته ٣٥٪ أو أكثر . فأن المصاب يستحق معاشا يساوى نسبة ذلك العجز من المعاش المستحق له فى حالة الوفاة أو العجز الكلى . وإذا أدى العجز إلى إنهاء خدمة المؤمن عليه لثبوت عدم وجود عمل آخر له لدى صاحب العمل ، فإن المعاش يزاد بنسبة ٥٪ كل خمس سنوات حتى بلوغ سن الستين حقيقة أو حكما .

أما بالنسبة للعامل الذى أصيب بعجز جزئى مستديم أقل من ٣٥٪ كبتر الإبهام أو بتر السلامية الطرفية للإبهام (أنظر الجدول رقم ٢ الملحق بتشريع التأمينات الاجتماعية) فقد نصت المادة ٥٣ على أن « مع مراعاة حكم البند (٣) من المادة ١٨ ، الذى يقضى باستحقاق المعاش فى حالة انتهاء خدمة المؤمن عليه للوفاة أو العجز الكامل ، أو العجز الجزئى المستديم متى ثبت عدم وجود عمل آخر له لدى صاحب العمل وذلك أيا كانت مدة اشتراكه فى التأمين) إذا نشأ عن الإصابة عجز جزئى مستديم لا تصل نسبته إلى ٣٥٪ استحق المصاب تعويضا يقدر بنسبة ذلك العجز مضروبا فى قيمة معاش العجز الكامل المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة (٥١) وذلك عن أربع سنوات ويؤدى هذا التعويض دفعة واحدة » .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يلتفت فى استحقاق هذا المعاش إلى مدة الخدمة ، ومن ثم لا يوجد حد أدنى لمدة الاشتراك لأن الإصابة قد تقع فى أول يوم للخدمة .

ويلاحظ أن دعوى المصاب بالمطالبة بحقوقه المالية تنص بشأنها المادة ١٤٠ من تشريع التأمين الاجتماعي بأنه « يجب تقديم طلب صرف المعاش أو التعويض أو أى مبالغ مستحقة طبقا لأحكام هذا القانون فى ميعاد أقصاه خمس سنوات من التاريخ الذى نشأ فيه سبب الاستحقاق وإلا انقضى الحق فى المطالبة بها » ، ويلاحظ أن هذا النص يقيد النص العام الذى ورد فى التقنين المدنى بالمادة ٦٥٨ والتى تقضى بأن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد ... »
فقد قررت محكمة النقض أن المشرع أخضع للتقادم الحولى الدعوى الناشئة عن عقد العمل فقط أما التعويض عن إصابات العمل فليس ناشئا عن عقد العمل بل هو تعويض قانونى رسم الشارع ووضع له معيارا يدور ويتحرك مع الأجرة والإصابة وما ينجم عنها فلا يسرى عليه ذلك التقادم (نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٧ ، مع أحكام النقض ، س ٢٨ ص ٥٧٨) .
أنظر فى التعويض عن إصابات العمل :
د. حسام الدين كامل الأهوانى : أصول قانون التأمين الاجتماعى ، سنة ١٩٩٣ ، ص٢٧٣ .
د. أحمد حسن البرعى : الوجيز فى القانون الاجتماعى - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٢ ، ص ١٤٦.
ويراعى أن للمصاب — علاوة على التعويض القانونى المحدد — أن يحصل على تعويض آخر طبقا للقواعد العامة من صاحب العمل ، بشرط توافر شروط التعويض ومنها الخطأ ، إذ على العامل أو ورثته إثبات خطأ صاحب العمل ، وأى خطأ من جانب الآخر يعطى للعامل الحق فى التعويض ، فلا يشترط توافر صفة الجسامة فى خطئه ، وقد أشارت المادة ٦٨ من تشريع التأمين الاجتماعى إلى أنه « لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد الهيئة المختصة بالتعويضات التى تستحق عن الإصابة طبقا لأى قانون آخر كما لا يجوز لهم ذلك أيضا بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ من جانبه » .
وحسنا فعل المشرع فى التشريع الجديد للتأمين الاجتماعى ، بعدم اشتراطه أن يكون خطأ صاحب العمل جسيما كما كان ينص التشريع السابق رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ المادة رقم ٤٢ لأن فى ذلك توفيرا لقدر أكثر من الحماية للعامل وهو عادة الطرف الضعيف فى علاقة العمل . كما أن أى خطأ مهما كان يسيرا يمكن أن يرتب ضررا كبيرا لا يجبره التعويض القانونى المستحق للعامل تجاه هيئة التأمينات الاجتماعية .
أنظر حكم نقض مدنى فى ٩ يونية سنة ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض ص ١٤٥٤ رقم ٢٧٦ فى ظل التشريع السابق فقد استلزم بوضوح ضرورة توافر الخطأ الجسيم وقد جاء فيه « ... طالما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون — التأمينات الاجتماعية —

ويلاحظ أن التعويض - فى هذه الحالة - يكون قانونيا فى كل الأحوال ، أى أن المشرع يتولى تحديده فى كل الصور حتى بالنسبة لما يسمى بالتحديد الاتفاقى للتعويض أو « الفوائد الاتفاقية » . لأن المشرع يحدد الفوائد فى كل الحالات ولكن - كل ما فى الأمر - قد يحدد المشرع حدا أقصى واحدا لاتتعداه الفوائد . هذا الحد الأقصى ، يترك المشرع للأفراد حرية تحديد سعر دونه ، ولكن ليس فى إمكانهم الخروج عليه .

وبذلك يكون المشرع قد حدد الفوائد - على الأقل فى حدها الأقصى - فى كل الحالات . وما يسمى بالفوائد الاتفاقية هى فى حقيقتها فوائد قانونية فى حدها الأقصى ، والاتفاق لا يكون إلا على ما دون هذا الحد الأقصى . والقول بغير ذلك يؤدى إلى الإخلال بمفهوم « الفوائد الاتفاقية » فهذا المصطلح معناه الحقيقى ترك الحرية للأفراد فى تحديد الفوائد المستحقة دون تقييدهما بأى حد . أما والأمر كذلك - بوجود حد أقصى للفوائد لا يجوز تعديه - فإننا نصبح أمام فوائد قانونية فى حدها الأقصى .

والبحث هنا ينصب على موقف المحكمة الدستورية بمصر والكويت من المواد ٢٢٦ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى وكذلك المواد ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة الكويتى ، وتتعلق هذه المواد بالتعويض القانونى أو ما يسمى « بالفوائد » فقد تكفلت هذه المواد ببيان مقدار هذا التعويض وكذلك شروطه . وقد سنحت للمحكمة الدستورية العليا بمصر الفرصة للإدلاء بدلوها وإبداء رأيها حول مدى دستورية هذه

واتخذها سندا له فى طلب التعويض فإنه لا يصح له أن يتمسك بأى قانون آخر ضد صاحب العمل ، إلا إذا كان خطؤه الذى نشأ الحادث عنه جسيما فإنه يجوز للعامل المضرور منه التذرع فى هذه الحالة بالقواعد العامة للمسئولية المدنية دون التقيد باللجوء إلى قانون التأمينات الاجتماعية .

المواد ، وخاصة بعد التعديل الذى أدخله المشرع الدستورى على الدستور المصرى ١٩٨٠ والذى أصبحت مبادىء الشريعة الإسلامية بموجب المادة الثانية منه المصدر الرئيسى للتشريع فى البلاد . وقد رفضت المحكمة الطعن بعدم دستورية المادة ٢٢٦ وما بعدها لمخالفتها المادة الثانية من الدستور ذاهبة إلى أن التعديل قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع فى شأن المصادر التى يستقى منها أحكامه التشريعية ، وأنه لا يجوز إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة ، ولما كانت المادة ٢٢٦ مدنى سابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور ولم يلحقها أى تعديل ، ومن ثم فإن النعى عليها بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور يكون فى غير محله[١] [٢].

وقد كان هذا الحكم وما تلاه من أحكام موضع اعتبار شديد من جانب الفقه والقضاء فى الكويت بصدد الحديث عن تعديل المادة الثانية

---

[١] أنظر الحكم فى الجريدة الرسمية العدد ٢٠ فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٥ ص ٩٩٢ .

[٢] وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا بعد ذلك جملة أحكام فى نفس المعنى منها :

(أ) حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٤ أبريل ١٩٨٧ وتعلق النزاع بعدم دستورية المادة (٧٦) من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية الواجبة فيما تنص عليه من أن إذا لم يوص الميت لفرع ولده والذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته ، لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب ... » .

(ب) حكم المحكمة الدستورية العليا ٤ أبريل ١٩٨٧ وكان موضوع الطعن النص بعدم دستورية المادة (٢٢٢) فقرة أولى من القانون المدنى فيما تنص عليه من أنه «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا » باعتبار أن الشريعة لا تجيز التعويض عن الضرر الأدبى.

(جـ) حكم المحكمة الدستورية العليا ١٢ أبريل ١٩٨٨ وانصب الطعن بعدم الدستورية على مخالفة المادة ١١٧ فقرة أولى من قانون العقوبات والتى تنص على حبس السارق بعكس ما تقضى به الشريعة الإسلامية والتى تفرض عقوبة قطع يد السارق حدا .

من الدستور الكويتى ، فقد ذهبت جملة من الآراء المؤيدة للتعديل إلى أن المادة الثانية من نصها الحالي والمقترح إنما هى موجهة إلى المشرع العادى وليس لأحكام الدستور ذاته . فهى إنما تأمر المشرع العادى أن يعمل على سن التشريعات المستقبلية وفقا لما يحقق حكمها وهو كون الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا (المصدر الأساسى حسب التعديل) للقوانين فى الكويت ، وقد كان رائد هذا الاتجاه هو الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بشأن المادة ٢٢٦ مدنى وما بعدها وما تلاه من أحكام أخرى فى مواضع متفرقة ولكنها تسير فى ذات الاتجاه .

وفى الواقع أن حكم الدستورية العليا بعدم قبول الطعن على المواد ٢٢٦ مدنى وما بعدها بعدم الدستورية هو حكم محل نظر ، وقد جاء مخالفا للقواعد أو المبادىء القانونية من ناحية ولم يراع فكرة النظام العام من ناحية أخرى . أما عن مخالفته للقواعد القانونية ، فإن من بين هذه القواعد تلك القاعدة التى يجرى التأكيد عليها ويتداولها كل شراح القانون الدستورى والمدنى على حد سواء ، وتتعلق بأن السلطة التى تملك الإلغاء هى تلك السلطة التى وضعت القاعدة أو سلطة أعلى منها ، بما تعنيه أن القاعدة لا يمكن إلغاؤها إلا بقاعدة من ذات قوتها .أو بقاعدة أعلى منها فى القوة ، والمعروف أن الدستور هو أعلى القواعد القانونية من حيث المرتبة ودرجة الإلزام ، وبالتالى فإن أى تعديل يرد على مواده يلغى بشكل ضمنى كل ما هو وارد فى التشريعات الأدنى منه والمخالف لهذا التعديل .

أما عن أن الحكم لم يراع النظام العام فى البلاد فبيان ذلك ، أن الظروف الاجتماعية تدعو فى كل وقت إلى النفور من الربا أو من شبهة الربا وكراهيته. وهذه الظروف تولدت من الشعور الداخلى الذى يمتلك

أفراد الشعب لا فى مصر وحدها بل فى كل الدول العربية . وكان يمكن للمحكمة استنادا إلى هذا الشعور ، وانطلاقا من فكرة حماية النظام العام فى البلاد ، أن تقضى بعدم دستورية المادة ٢٦٦ وما بعدها من القانون المدنى التى تدور حولها الشبهات بشأن ما يعتقد فيه بأن النسب الواردة فيها هى فوائد وبالتالى فهى ربا ، وسوف نوضح موقفنا بشكل تفصيلى من هذه المواد ومن التكييف القانونى للنسب الواردة فيها فى البحث بإذن الله. كذلك الأمر سوف نعرض موقف المحكمة الدستورية ـ اسم المحكمة فى الكويت لا يتضمن كلمة العليا ـ بالكويت من دستورية المواد ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة الكويتى .

وقد كان فى إمكان المحكمة الدستورية العليا عدم الخروج على القواعد القانونية المستقرة وأيضا الحفاظ على النظام العام بتقريرها هذه المواد دستورية ولا مخالفة فيها للشريعة الإسلامية التى تعد المصدر الرئيسى للتشريع طبقا لتعديل ١٩٨٠ ولكن الأمر يحتاج إلى إيضاح أكثر. وفى سبيل ذلك الإيضاح نتناول فيما يلى عرضا سريعا للمادة ٢٢٦ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى ، كما نعرض لموقف قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ للسنة ١٩٩٩ ، ثم نعرض لموقف المشرع الكويتى من التعويض القانونى . باستعراض النصوص المقابلة لتلك النصوص الموجودة فى التقنين المدنى المصرى سواء تلك النصوص الموجودة فى التقنين المدنى أو فى قانون التجارة الكويتى .

ثم فى النهاية نوضح كيف يمكن الوصول إلى عدم دستورية المادة ٢٢٦ وما بعدها من التقنين المدنى المصرى والمادة ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة الكويتى . وذلك لمحاولة إزالة شبهة تعارضها مع أحكام الفقه الإسلامى من خلال نفى اعتبار النسب الواردة بها فوائد « ربا » .

المبحث الأول
موقف المشرع المصرى من
التعويض القانونى

يستحسن فى هذا المقام عرض هذا الموقف فى كل من القانون المدنى وقانون التجارة الجديد برقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

المطلب الأول
عرض سريع للمادة ٢٢٦ مدنى مصرى وما بعدها

تناولت التعويض القانونى فى التقنين المدنى المواد ٢٢٦ وما بعدها ، إذ أوضحت شروطه والأحكام التى يخضع لها . وقد كان للمادة ٢٢٦ وما بعدها من التقنين المدنى الحالى ، ما يقابلها فى التقنين المدنى القديم . فقد أورد المشرع – فى هذا التقنين – نصوصا تقضى باستحقاق فوائد عن التأخير فى أداء الالتزام الذى يكون محله مبلغا من النقود معلوم المقدار ، وقد كان ينظر إلى هذه الفوائد على أنها تعويض لصاحب المال عن هذا التأخير ، وتستوى فى هذه النظرة الفوائد القانونية التى يحددها المشرع ، وما يسمى بالفوائد الاتفاقية التى حدد المشرع حدها الأقصى تاركا للأفراد الحرية فى تحديد نسبتها ، بشرط ألا تجاوز هذا الحد .

فأما عن النسب القانونية فقد جرى نص المادة ١٢٤ من التقنين القديم[1]. على النحو التالى « إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من

---

(1) وقد صدر هذا التقنين بمرسوم بتشريع صادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

الدراهم فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط ، إذا لم يقض العقد أو الإصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك ، وتكون الفوائد باعتبار خمسة فى المائة سنويا فى المواد المدنية وستة فى المائة فى المسائل التجارية ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك[١] . وخوفا من المشرع آنذاك من حصول اتفاقات بين الأفراد على نسب مرتفعة قد يكون فيها إجحاف بأحد الأطراف ، فقد تدارك الموقف بنصه فى المادة ١٢٥ على أنه « لا يجوز مطلقا أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية فى المائة سنويا ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة فى المائة بمرسوم[٢] ، وفى هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد إلا بعد مضى ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم ، ويجوز رد الحد المخفض إلى اصله بنفس الشروط والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد ، تخفض بحكم القانون إلى الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها ... »[٣] .

وقد أورد مشروع التقنين المدنى الجديد نصوصا مشابهة لهذه النصوص ضمنها المادة ٢٢٦ وما بعدها ، إذ نص فى هذه المادة على أن

---

[١] وقد كانت الفوائد القانونية فى بداية الأمر محددة بنسبة ٧٪ فى المواد المدنية و٩٪ فى المواد التجارية ثم صدر أمر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ معدلا النسب إلى ٥٪ للأولى و٧٪ للثانية وبقى الأمر هكذا إلى أن صدر المرسوم بالتقنين المدنى فى سنة ١٩٣٨ بتقرير النسب الواردة فى المتن .

[٢] وكانت نسبة الفائدة الاتفاقية ١٢٪ ثم عدلت بالأمر العالى الصادر فى ديسمبر سنة ١٨٩٢ إلى ٩٪ وظلت هذه النسبة معمولا بها إلى أن صدر المرسوم السابق وجعلها ٨٪ ونص على جواز تخفيضها بمرسوم إلى ٧٪ .

[٣] المادة ١٨٥ من التقنين « وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها المقرض إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقترض أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

« إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفـاء بـه ، كـان ملزمـا بـأن يدفـع للدائـن علـى سـبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائـة فـى المسـائل المدنيـة وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية ، وتسرى هذه الفوائـد مـن تـاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره .

وتنص المادة ٢٢٧ على أن :

١ ـ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخـر للفوائـد سـواء أكـان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشـترط فيـها الفوائـد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة فإذا اتفقـا علـى فوائـد تزيـد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فـى المائـة وتعيـن رد مـا دفـع زائدا على هذا القدر » .

٢ ـ وكل عمولة أو منفعة ، أيا كـان نوعـها ، اشـترطها الدائـن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصـى المتقـدم ذكـره تعتـبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيـض ، إذا مـا ثبـت أن هـذه العمولـة أو المنفعـة لا تقابلـها خدمـة حقيقيـة يكـون الدائـن قـد أداهـا ولا نفقـة مشروعة»[١].

---

[١] وقد جاءت الفقرة الثانية من هذه المادة تقريبا بنفس ما جاءت به المـادة ١٨٥ مـن التقنين المدنى القديم والتى أوردناها فى الهامش السابق . ويلاحـظ غرابـة عبـارة « أم فـى أيـة حالة أخرى تشترط فيها الفوائد » إذ تعنى المغايرة عـن حالـة التـأخير فـى الوفـاء ، ممـا يعنى إمكانية اتفاق الأطراف على نسبة فوائد من وقت إبرام العقد دون انتظـار لحـدوث تأخير فى الوفاء . وهذا هو عين الربا إذ فضلا عن سريانه من يوم العقد فإنه قد يشـترط لمجرد الالتزام دون تطلب التأخير فى أدائه وذلك لوجود اتفاق على ذلك .

والمادة ٢٢٦ بشكلها الحالى فى التقنين المدنى لم تتغير كثيرا عما جاء به المشروع التمهيدى للقانون . إذ لم يدخل تعديل يذكر على الأصل الوارد به تحت رقم ٣٠٦ وكل ما تم تعديله هو عبارة « وكان معلوم

وقد يكون المقصود من عبارة « أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد» عقد القرض الذى نصت المادة ٥٤٢ مدنى بشأنه أن « على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها . فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » فالملاحظ أن أطراف عقد القرض لهم الحرية فى تحديد نسبة الفوائد المستحقة على القرض مع التزامهم بالحد الأقصى المشار إليه بالمادة ٢٢٧ وهو نسبة ٧٪ ، وأى اتفاق على ما يجاوز هذه النسبة يعد باطلا ويجب تخفيضه إليها ، باعتبارها الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية. هذا بشرط ألا يكون أحد أطراف العقد بنكا تجاريا . وأن يكون التعامل ليس حسابا جاريا . ويراعى ضرورة اتفاق الأطراف فى عقد القرض على نسبة الفوائد ، فإذا لم يرد بشأنها نص فى العقد اعتبر القرض بلا أجر . ولا يجوز التمسك هنا بإعمال النسبة القانونية وهى ٤٪ و٥٪ . فالنص واضح على ضرورة إشارة الأطراف إلى نسبة الفوائد المستحقة على القرض ، وعند تخلف الإشارة فقد افترض المشرع اتجاه نيتهم إلى أن يكون القرض بلا أجر .. هو ما ورد فى عجز المادة ٥٤٢ والذى بدونه ، كان يمكن القول بأن إهمال الأطراف الإشارة إلى نسبة الفوائد يعنى اتجاههم إلى إعمال النسب القانونية .

وتجدر الإشارة إلى أنه فى حالة اتفاق الأطراف على نسبة الفوائد فإن ذلك يشكل عين الربا « ربا النسيئة » وذلك لاشتراط زيادة على رأس المال عند نشوء الالتزام مقابل الانتفاع بالمال فى فترة زمنية محددة . وإذا كان محل القرض شيئا آخر غير المال ـ وهو نادر ـ فإن شبهة الربا تحوم حوله اللهم إلا إذا أمكنا تكييف العلاقة هنا على أنها إيجار ركناه الشىء المقترض والمبلغ المدفوع ، الذى يعد هنا إيجارا مقابل الانتفاع بالشىء خلال فترة العقد ، ويقترب من ذلك عدم اشتراط مقابل الانتفاع بالشىء المقترض فى عقد القرض ولكن المقترض أعطاه للمقرض عن طيب خاطر . فإن هذه الحالة لا بأس بها وتخرج عن دائرة الربا أو شبهته . أنظر فى ذلك بدائع الصنائع للشوكانى جـ ٧ ، ص ٣٩٥ .

ولا نعتبر هنا أمام قرض جر نفعا ، فالمنفعة المتمثلة فيما أداه المقترض إلى المقرض ليست بدون مقابل ، بل هى البديل عن استعمال الشىء المقترض وتعد بذلك المقابل أو العوض المستحق للمقرض ، هذا إن لم نكيف العلاقة هنا على أنها عقد إيجار منقول ، أخذا بالرأى الفقهى الذى يذهب إلى أن المقترض لا يملك الشىء إلا باستهلاكه ، وعلى ذلك إذا طالبه المقرض به قبل استهلاكه ـ أو كانت طبيعة الشىء غير استهلاكه ـ وجب عليه رد نفس المال المقترض لأنه لا يزال مملوكا للمقرض : أنظر : د. على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ـ الطبعة الثالثة ـ ص ٤٠٢ .

المقدار وقت الطلب » فقد استبدلها المشرع بعبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » الواردة بالمشروع . ولعل هذا الاتجاه ينبيء عن رغبة أكيدة لدى المشرع فى النظر إلى هذه الفوائد القانونية على أنها تعويض للدائن عن التأخير فى الوفاء بالدين وليست ربا . فتدعيما لهذه الفكرة اشترط المشرع بدء احتسابها من وقت المطالبة بالدين[١] ، أى من الوقت الذى يظهر فيه تقصير المدين فى الأداء مما يستوجب تعويض الدائن عن هذا التقصير .

وقد استقر الأمر على هذه النسب الواردة فى المادة بعد طول نقاش من أعضاء مجلس الشيوخ حينذاك . إذ عندما تليت هذه النسب اقترح بعض الأعضاء تخفيضها ، ولكن الأغلبية رأت الإبقاء على هذه النسب ، لأنها تعتبر نسبا معقولة للفوائد القانونية وأن فى تخفيضها إعاقة للتعامل وسببا فى هروب رؤوس الأموال[٢] .

وتمشيا مع النظرة إلى النسب الواردة بهذه المادة على أنها تعويض للدائن عن عدم الوفاء ، يمكننا القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النادرة التى تدخل فيها المشرع وعمد إلى تحديد مقدار التعويض فى نصوص تشريعية[٣] .

---

[١] وجاء فى الأعمال التحضيرية بصدد التعليق على هذه المادة ومؤدى هذا أن فوائد التأخير لا يبدأ سريانها إلا من وقت المطالبة بها أمام القضاء ، وعلى هذا النحو ، فصل المشرع فى مسألة اشتد الخلاف بشأنها فى القضاء المصرى واختار حكما يتجلى فيه أثر التنكر للربا . المجموعة الجزء الثانى ص ٥٨٤ .

[٢] مجموعة الأعمال ـ جـ ٢ ص ٥٧٨ والسعر القانونى للفوائد التأخيرية فى التقنين المدنى السورى هو ٤% للمسائل المدنية ٥% للمسائل التجارية . ومثلها فى التقنين المدنى الليبى ومثلها فى التقنين المدنى العراقى (م١٧١) .

[٣] ومن هذه الحالات النادرة تقدير التعويضات فى إصابات العمل فقد قضى بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته الحق فى الحصول من صاحب العمل على =

وبذلك يتكفل التشريع بتحديد مقدار هذا التعويض عن طريق تحديده لنسب الفوائد القانونية المستحقة عن التأخير فى الوفاء ، وقد يكمن سبب هذا التدخل فى الكراهية والنفور من الربا لا فى مصر فحسب ، بل ولا فى الدول العربية وحدها ، بل فى أكثر دول العالم . فما من شك فى أن مساوىء عديدة ورزايا فادحة وبلاء جما يترتب على أكل الربا أو مؤاكلته . ومن هنا يكون تحديد المشرع لهذه النسب رغبة منه فى التخفيف من هذا المساوىء والحد من تلك الرزايا .

وكان من ضمن ما ناقشه أعضاء مجلس الشيوخ عند وضع القانون الجديد هو مدى إمكان حذف عبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام» حتى تستحق الفوائد على المبالغ التى تتم المطالبة بها أمام القضاء ، ولو لم يكن مقدارها معلوما وقت رفع الدعوى ، كالتعويض عن عمل غير مشروع . وجاء فى رد اللجنة ، التى وضعت المشروع ، على ذلك « أن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . وبذلك اختارت اللجنة عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » .

ويتضح – من ذلك – أن المشرع أراد أن يُخرج التعويض عن العمل غير المشروع من دائرة التعويض القانونى . بحجة أن التعويض عن هذا العمل يخضع لسلطة قاضى الموضوع والذى بإمكانه أن يقدره

=تعويض مقدر فى هذا القانون بحسب جسامة الإصابة ، ومنها أيضا تشريع رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفينة التجارية ضد أخطار الحرب . إذ يلزم مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة « السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، بند ٥٠٠ » .

بعد مراعاة الظروف الملابسة للفعل الضار الذى أتاح الحق فى التعويض، فيمكن للقاضى أن يأخذ فى اعتباره المدة التى استغرقها التقاضى لكى يعوض المضرور عنها، بأن يصدر الحكم بالتعويض شاملا فوائد التأخير .

ويبين من ذلك أن العلة من اتجاه المشرع إلى استثناء التعويض عن العمل غير المشروع من حكم المادة ٢٢٦ مدنى تكمن فى أن المبلغ محل الالتزام لا يكون معلوم المقدار عند الطلب ، على أساس أن مقدار التعويض مرتبط بحجم الضرر الناتج ، والذى يقدره هو القاضى . ولا يقوم بذلك إلا بعد رفع دعوى بالتعويض من جانب المضرور . ثم يقوم بدراسة الظروف المحيطة بالفعل الضار ويصدر حكمه محددا مبلغ الالتزام بعد التحقق من قيام باقى عناصر المسئولية .

ولذلك ، فإنه فى الحالات التى ينتفى فيها ما تقدم بأن أصبح الالتزام معلوم المقدار ، إما باتفاق الطرفين على تحديده أو بصدور حكم بذلك من جانب القضاء فهنا يصبح التعويض عن العمل غير المشروع معلوم المقدار وتسرى عليه بذلك قواعد التعويض القانونى (الفوائد) من وقت المطالبة الرسمية به . ولذلك نرى أن خروج التعويض عن العمل غير المشروع عن المادة ٢٢٦ مدنى يكمن فى اختلاف التاريخ الذى يمكن للشخص أن يطالب بالفوائد عنه ، إذ قد يتراخى إلى حين صدور حكم بتحديد التعويض المستحق وبالتالى مبلغ الالتزام الذى يسرى عليه التعويض القانونى بسبب التأخير فى أدائه .

ويراعى أن العلة من استثناء التعويض عن عمل غير مشروع من شرط معلومية المقدار عند الطلب ، تتوافر أيضا فى بعض حالات

التعويض عن الخطأ العقدى ، وذلك عندما يحتاج التعويض المستحق إلى تقدير وموازنة من قبل قاض . وخاصة فى الحالات التى تنتفى فيها الأسس التى يقدر على أساسها القاضى التعويض . فهنا يخضع الأخير لسلطته المطلقة . وهنا لا تسرى الفوائد إلا من تاريخ صيرورة الحكم بالتعويض نهائيا[١] . وقد قضت فى ذلك محكمة النقض أن سريان الفوائد من تاريخ المطالبة شرطه أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، القضاء بالتعويض عن العجز فى البضاعة ، مفاده أن التعويض لم يكن معلوم المقدار وقت رفع الدعوى وأثر ذلك سريان الفوائد من صيرورة الحكم به نهائيا[٢]

أما المادة ٢٢٧ مدنى فقد وردت فى المشروع التمهيدى تحت رقم ٣٠٥ مقتصرا على الفقرة الأولى منها دون الثانية التى أضيفت بمعرفة لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها فى المشروع النهائى هو ٢٣٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن » بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن » وبذلك يصبح تعيين من يتحمل عبء الإثبات خاضعا للقواعد العامة[٣] . بمعنى أن المكلف بالإثبات هو الشخص الذى يدعى

---

[١] وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « الفوائد على مبالغ التعويض لا تستحق إلا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار .

نقض مدنى فى ١٥ فبراير ١٩٦٢ ، مج أحكام النقض س ١٣ ص ٢٥٧ رقم ٣٠٩ .

[٢] نقض مدنى فى ١٩٩٦/٢/١ ، مجله القضاة السنة ٢٩ العدد الأول يناير - يونية ١٩٩٧، ص ٥٧٤ رقم ١٢٧ .

[٣] وتقابل هذه المواد فى التقنيات العربية الأخرى ، المواد ٢٢٧ ــ ٢٢٩ من التقنين السورى والذى حدد الحد الأقصى للسعر الاتفاقى بـ ٩٪ والمواد ١٧١ـ١٧٢ من التقنين المدنى العراقى وجاءت وجاءت مشابهة لنصوص التشريع المصرى فى معظمها ، والمواد ٢٢٩ ـ ٢٣١ من التقنين المدنى الليبى الذى جعل الحد الأقصى للفائدة ١٠٪ ، أما المادتان ١/١٦٥ ، ٧٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى . فلم تضعا حدا أقصى

خلاف الظاهر أو الأصل العام ، وهو المدين الذى يدعى زيادة الفوائد عن الحد الأقصى المقرر قانونا .

ويجيء هذا التحديد من جانب المشرع لسعر الفائدة الاتفاقية بـ ٧٪ سيرا على طريق الاشفاق والتخفيف من معاطب الربا . وإذا جاوزت الفائدة هذا الحد وجب تخفيضها ، وتعين على من تسلمها رد الزيادة ، لأن هذا الحد الأقصى يعد من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه . وقد قضت فى ذلك محكمة النقض بقولها « إنه ولئن كان الأصل فى استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين . فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه ، وأن المشرع قد حرم بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة سعر هذه الفوائد على حد أقصى معلوم مقداره ٧٪ ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن الزيادة ، وألزمه برد ما قبضه منها مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد تكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه إجازة ، وذلك لاعتبارات النظام العام التى تستوجب حماية الطرف الضعيف فى العقد من الاستغلال »[1] .

أما إذا كانت هناك عمولة مشترطة تقابلها خدمة حقيقية أو منفعة مشروعة ، فهنا يجوز الاتفاق عليها حتى ولو زادت هى والفائدة المشترطة عن الحد الأقصى وهو ٧٪ ، وفى ذلك تقول محكمة النقض أن « مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ مدنى ، أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضى العمولة والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد

للسعر الاتفاقى ، ولكن التقنين اشترط أن يعين كتابة سعر الفائدة المتفق عليها ، وإلا فلا تجب الفائدة إلا بالسعر القانونى وهو ٩٪ .

(١) نقض مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام النقض س٤٧ جـ١ ص ٥١٢ د رقم٩٨ .

مجموعهما عن الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة إلا إذا كانت العمولة المشترطة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ، وإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن العمولة التى اقتضاها البنك المطعون ضده من الطاعن الأول كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قام بها تنفيذا لعقد التفويض بالبيع المبرم بينهما ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإن ما ينعاه الطاعنان فى هذا الصدد يكون على غير أساس[١].

ويقع عبء إثبات الزيادة على الحد الأقصى على عاتق صاحب المصلحة فى الاسترداد إذ عليه أن يقيم الدليل على ذلك بجميع طرق الإثبات . وبهذا التحديد من جانب المشرع لسعر الفائدة قيدت إرادة المتعاقدين فى الاتفاق على شروط جزائية تفوق هذا الحد الأقصى . أى أن هذا السعر الاتفاقى يمثل قيدا على حرية الأطراف ، وعن طريقه يمكن الإقلال من جشع وسيطرة أصحاب رؤوس الأموال والحد من استغلالهم لحاجة الضعفاء والمعوزين إلى هذه الأموال .

وقد آثر التقنين الجديد النزول بهذا الحد إلى نسبة ٧٪ بدلا من نسبة ٨٪ التى كانت فى ظل التقنين القديم[٢] كما آثر أيضا النص عليه فى التشريع نفسه بدلا من ترك أمر تحديده لتشريع خاص ، إذ أن هذا الوضع ـ كما قالت المذكرة ـ أدنى إلى تيسير التعجيل بإجراء التخفيض ، ولا سيما بعد أن ألحت على البلاد دواعيه .

---

[١] نقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام النقض س٢٧ ص١٣٤٦ .

[٢] بل لقد اعترض البعض على هذه النسبة أثناء المناقشة فى مجلس الشيوخ مطالبا بتخفيضها على أساس أنها تعتبر فوائد قضائية وأن تخفيضها إلى ٦٪ لن يضار به سوى أصحاب القروض المصرفية ولن تتأثر به رؤوس الأموال .. (مجموعة الأعمال جـ ٢ ص٥٨٥ إلا أن الأمر استقر على نسبة ٧٪ بالنظر إليها على أنها نسبة معقولة .

وتمشيا مع النظرة إلى هذه النسب التى قدرها المشرع على أنها تعويض للدائن عما أصابه من ضرر نتيجة تأخر المدين فى الوفاء بالدين ، هذا الضرر الذى افترضه المشرع بقرينة تقبل إثبات العكس طبقا لرأينا الخاص ، فإننا نرى أيضا أن هذه النسب تمثل تقديرا جزافيا من جانب المشرع للتعويض القانونى المستحق للدائن . وهذا التقدير الجزافى قدر المشرع أنه كاف لجبر الضرر . ولكنه سمح – من جانب – للدائن بأن يثبت أن هذه النسبة غير كافية لجبر الضرر الذى أصابه ويطالب بتعويض تكميلى ، فقد نصت المادة ٢٣١ على أن « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » يبين من هذا النص أنه يتعين توافر شرطين لاستحقاق التعويض التكميلى .

يشترط أولا : أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن يزيد عن حجم الضرر الذى قدره المشرع وقرر له النسب القانونية المذكورة ، كأن يثبت الدائن أن عدم الوفاء بالدين ترتب عليه عجزه عن دفع دين تجارى تعهد بالوفاء به . أو أن عدم الوفاء به نتج عنه شهر إفلاسه ، أو يثبت أن عدم وفاء المدين بالدين ترتب عليه فوات فرصة أو صفقة عليه كان سيحقق من ورائها ربحا كبيرا[١] .

ويشترط ثانيا : أن يكون المدين سيىء النية . ويبين ذلك من تعمده عدم الوفاء بالدين على الرغم من قدرته على ذلك . ومن علمه بأن عدم الوفاء سيؤدى إلى أضرار استثنائية تلحق بالدائن[٢] . والذى يقوم بإثبات

---

[١] د. جلال العدوى – أحكام الالتزام – الدار الجامعية سنة ١٩٨٦ ص ١٥٩ .

[٢] وقد بينت محكمة النقض المعنى المقصود من اشتراط أن يكون الضرر استثنائيا بقولها «مفاد نص المادة ٢٣١ مدنى أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالإضافة إلى الفوائد

ما تقدم هو الدائن . ولكن تحت سلطة قاضى الموضوع ، فالمحكمة تتمتع بسلطة تقدير مطلقة فى الكشف عن وجود هذه النية السيئة والأضرار الاستثنائية وتستعين فى ذلك بالظروف المحيطة بكل حالة على حدة .

ويتعين – من جانب آخر – السماح للمدين بأن يثبت أن الضرر الذى أصاب الدائن يقل فى حجمه عن النسب التى قررها المشرع ، وبذلك يستطيع أن يخفض . هذه النسب إلى الحد الذى يكفى لجبر الضرر وإزالة آثاره . وذلك تكملة لما نراه من ضرورة إعطاء المدين فرصة إثبات عدم إصابة الدائن بأى ضرر بسبب تأخره فى الوفاء بالدين . والقول بذلك يعيد للقاضى دوره ويرد إليه سلطته التى ينبغى أن يتمتع بها فى تحديد مقدار التعويض الملائم لجبر الضرر سواء بالزيادة عن النسب المقررة أو بالنقصان عنها .

أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين أولهما حدوث ضرر استثنائى به لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه . وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من ضرر ، وإذا كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرهما ، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحا فى القانون .

نقض مدنى فى ١٩٧٦/١٢/٣٠ ، مج أحكام النقض س ٢٧ ص ١٨٥٧ رقم ٢٤٠ .

المطلب الثانى

موقف قانون التجارة من التعويض المحدد

(العـائد)

صدر قانون التجارة الجديد فى مصر تحت رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، حاملا تنظيما شاملا للأحكام المنظمة للنشاط التجارى . وقد جاء هذا التنظيم إيجابيا فى كثير من جوانبه ، وسلبيا فى بعض منها ، وستكشف الكتابات والأبحاث المستقبلية هذه الإيجابيات وتلك السلبيات .

ورد النص على التعويض القانونى (العائد) فى موضوعين متفرقين من القانون ، **الموضع الأول :** ويتعلق بالمادة ٦٤ من القانون الواردة فى الباب الثانى الذى يتحدث عن الالتزامات والعقود التجارية جاء نصها كالتالى :

« يستحق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك . ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع العائد الذى يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك .

وقد كانت هناك فقرة ثانية لهذه المادة فى مشروع القانون تنص على أن: « للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلى يضاف إلى العائد عن التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذى يجاوز هذا العائد قد تسبب فيه المدين بغش أو بسوء نية » ، ولكن هذه الفقرة حذفت منه فى الصياغة النهائية للقانون ، وقد يكون المقصد من هذا الحذف هو رغبة

المشرع فى العودة إلى القاعدة العامة الواردة فى القانون المدنى والتى تنص عليها المادة ٢٣١ بقولها : ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » . ولعل السبب فى حذف هذه الفقرة من المادة أيضا هو صياغتها المعيبة والمنتقدة وذلك لأن الاتجاه حاليا يسير نحو النظر إلى التعويض القانونى (العائد) على أنه تعويض وبذلك يلزم توافر كافة شروط التعويض المعروفة فى القانون المدنى من خطأ وضرر وعلاقة سببيه وإذا كان من المتصور وجود حالات تعويض تقوم بلا خطأ أى حالات مسئولية مفترضة فإن من غير المتصور وجود حالات مسئولية مفترضة فإن من غير المتصور وجود حالات مسئولية بدون ضرر . ولا شك فى أن هذا الكلام ينطبق ـ من باب أولى ــ على الحالة التى يطالب فيها الدائن بتعويض تكميلى أى يطالب بزيادة عما قدره المشرع من تعويض، وهذا يتطلب أن يكون هناك مبرر قوى لذلك ولعل فى اشتراط المشرع فى القانون المدنى أن يكون الضرر ناتجا عن سوء نية من المدين ـ بأن يكون قد تعمد التأخير فى الوفاء بالدين ــ ما يمثل هذا المبرر القوى . ومن أجل ذلك فقد رأى مجلس الشعب بعد مناقشات طويلة حذف الفقرة الثانية من المادة ٦٤ وبذلك لا يجوز للدائن المطالبة بتعويض تكميلى إلا إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز العائد المستحق قد تسبب فيه المدين بسوء نيته وأن يكون الضرر استثنائيا[1] .

ويلاحظ أن المادة (٦٤) تتعلق بالديون التجارية أى تلك الديون التى تنشأ بمناسبة عمليات تجارية كما حددتها المواد من ٤ إلى ٩ الواردة فى الفصل الأول من الباب الأول من القانون ، يلاحظ على هذه المادة

---

(١) جلسة مجلس الشعب فى ١٩٩٨/٢/٩ .

أنها قد احتوت على خروج على القاعدة العامة الواردة فى التقنين المدنى بالمواد ٢٢٦ وما بعدها ، ويظهر ذلك من النص على سريان العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها فى حين أن القاعدة العامة فى سريان التعويض القانونى (المحدد) هى أنها تسرى من تاريخ المطالبة القضائية لا من تاريخ الاستحقاق .

ضرورة المطالبة القضائية بالتعويض القانونى :

فلم يكتف المشرع بالإنذار لثبوت حق الدائن فى التعويض القانونى، وإنما استلزم إجراء أشد وهو المطالبة القضائية من جانب الدائن بهذا التعويض. فإنذار المدين ووضعه موضع التقصير فى أداء الالتزام يتخذ هنا شكلا خاصا وهو قيام الدائن برفع دعوى يطالب من خلالها المدين بدافع الالتزام الأصلى علاوة على التعويض القانونى ؛ بمعنى أن المطالبة القضائية لابد وأن لا تقتصر على الدين الأصلى وإنما يجب أن تمتد إلى التعويض القانونى ، فإذا اقتصر الدائن على المطالبة بالدين دون التعويض تعين على القاضى ألا يحكم له به[1] ، ولا يسرى فى حق

---

[1] د. توفيق حسن فرج ـ النظرية العامة للالتزام ـ أحكام الالتزام . الجزء الثانى . سنة ١٩٨٥ . ص ٤٧ .

وإن كانت هناك أحكام قضائية قضت باستحقاق الفوائد فى بعض الحالات بدون الحاجة إلى طلبها بشكل خاص أو إثارتها مع طلب الدين الأصلى ومن هذه الحالات : إيجارات المحال التجارية . عندما يكون هناك طلب بتحديدها ، فإن هذا الطلب يؤدى إلى سريان الفوائد من وقت تحديد الإيجار الجديد .

أنظر :

Cass. Civ. 20-3-1969, J.C.P. 1970,II, 16200.

Cass. Civ. 14-3-1969, Gaz-pal 1969. 234.

ويلاحظ أن بعض القوانين العربية لا تشترط المطالبة القضائية لسريان الفوائد وإنما تكتفى بإنذار المدين كالقانون اللبنانى . فهو يتطلب من الدائن قيامه بإنذار المدين ووضعه فى موضع المقصر فى أداء الالتزام . بل أن ذات القانون قد أعفى الدائن من

المدين من تاريخ المطالبة بالدين الأصلي ، وإن كان يجوز للدائن أن يطالب به فيما بعد ومن تاريخ هذه المطالبة يبدأ سريان التعويض القانوني[١] . وقد قضت في ذلك محكمة النقض بقولها «لما كانت المادة ٢٢٦ مدني قد اشترطت لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، أن يكون مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون فيها للقضاء سلطة في التقدير ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت عجز في البضاعة موضوع الدعوى وقدر في حدود سلطته الموضوعية ما ارتآه مناسبا من تعويض ، فإن مفاد ذلك أن التعويض المقضي به لم يكن معلوم المقدار وقت رفع الدعوى ، مما يتعين معه سريان الفوائد اعتبارا من تاريخ صيرورة الحكم به نهائيا وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون»[٢] .

وبناء على أن التعويض القانوني لا يسري إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها ، فلا يسري « إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة . كما لو

الإنذار في حالات معينة وفي مقدمتها حالة ما إذا كان للالتزام أجل حال مقرر لمصلحة المدين ولو بصفة جزئية .

أنظر في ذلك : د. جلال العدوي – أحكام الالتزام دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني – سنة ١٩٨٦ . ص ١٥٠ .

[١] ولا يحل الإنذار محل المطالبة القضائية أو أي شكل آخر من أشكال الإنذار .

أنظر في ذلك : استئناف أسيوط ،، ١٩٤٩/٦/٩ ، المجموعة الرسمية سنة ٥٠ عدد ٩–١٠ ص ٣٤٣ رقم ٢١١ .

د. جميل الشرقاوي – النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام – سنة ١٩٩٢ ص ٧٢ .

[٢] نقض مدني في ١ فبراير سنة ١٩٩٦ مجموعة أحكام النقض س٤٧ - جـ١ ص ٢٧٨ رقم ٥٧ .

كانت ورقة التكليف بالحضور باطلة ، أو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة[1]. وذلك على عكس القاعدة العامة ، إذ تقوم صحيفة الدعوى الباطلة مقام الإنذار ولكن الأخير لا يكفى ـ كما سبق ـ لسريان التعويض القانونى نفس الأمر ، وإذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم، فإن ذلك لايمنع من سريان التعويض القانونى .

وإذا قام المدين بالوفاء بالالتزام الذى محله مبلغ نقدى من تلقاء نفسه فى فترة لاحقة على الأجل المحدد للوفاء بالالتزام ، فهنا لا يحق للدائن أن يطالب بالتعويض القانونى « الفوائد » فيما بعد ، وذلك لأن الشرط البدهى لكى يطالب الدائن مطالبة قضائية بالتعويض ، ألا يكون المدين قد قام بالوفاء بالدين الأصلى قبل المطالبة[2] .

واشتراط المطالبة القضائية لسريان التعويض القانونى أمر غير متعلق بالنظام العام ، كما لا يستفاد ذلك من عجز المادة ٢٢٦ مدنى إذ قضى بأن «تسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إذا لم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ٢ ص ٥٨٤ .

(٢) انظر فى ذلك نقض مدنى فى ١٥ مارس سنة ١٩٦٦ ، مج أحكام النقض ، س ١٧ رقم ٨١ ص ٥٩١ وقد جاء فيه « لا تستحق الفوائد التأخيرية ـ على ما تقضى به المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ـ إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها . فإذا كان الثابت منالحكم المطعون فيه أن الطاعنة أوفت بالدين ولم يسبق هذا الوفاء مطالبة قضائية بفوائد عنه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفوائد تأخيرية عن هذا الدين. فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » .

وقد تكون صحيفة الدعوى متضمنة إنذارا بأداء الدين الأصلى ومطالبة قضائية فى وقت واحد ، وفى هذه الحالة إذا بادر المدين إلى الوفاء بالدين بمجرد إعلانه بصحيفة الدعوى لا تسرى فى حقه آثار الإنذار ولا يعتبر قد تأخر فى تنفيذ التزامه هذا بخلاف ما إذا نفذ التزامه بعد أن قطعت الدعوى مراحلها ، بل حتى لو قام بتنفيذ الالتزام الأصلى قبل صدور الحكم ، أنظر فى ذلك نقض مدنى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ ، مج أحكام النقض س ٣٠ ص٣٨٥ رقم ٧٥ .

يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره . هذه النهاية للمادة أفادت أن شرط المطالبة القضائية من القواعد المكملة التى يسمح بصددها المشرع للأفراد بمخالفتها . ولهذا فإن للأفراد الحق فى الاتفاق على موعد آخر يسرى به التعويض القانونى ، فقد يتفقان على أن هذا التعويض يسرى من وقت حلول أجل الوفاء بالدين الأصلى ، دون حاجة لاتخاذ إجراء آخر ، كما قد يتفقان على استحقاق التعويض من تاريخ الإنذار أو أى إخطار آخر[١] . ولكن لا يجوز – بطبيعة الحال – للأفراد الاتفاق على سريان التعويض من وقت نشوء الالتزام ، لأن مثل هذا الاتفاق يؤدى بنا إلى الخروج من دائرة التعويض والدخول فى دائرة الربا الذى يقوم على اشتراط زيادة فى رأس المال عند نشوء الالتزام ، ولا يكون ذلك من قبيل التعويض الذى هدفه المشرع عند وضعه وتنظيمه للتعويض القانونى . والاتفاق على أجل آخر قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلص من نية المتعاقدين التى تستشف من مجموع عبارات العقد ، بشرط أن لا يكون هناك مجال للشك ، وإلا فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المدين ، بمعنى ألا يعفى الدائن من المطالبة القضائية لسريان التعويض القانونى[٢] ، وقد يشير العرف التجارى إلى موعد آخر غير المطالبة القضائية يسرى بعده التعويض القانونى ، مثال ذلك ما كان يحدث فى الحساب الجارى ، قبل القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، إذ كان يسرى التعويض القانونى « الفوائد » من

---

[١] د. جميل الشرقاوى . المرجع السابق ، ص ٧٣ .

[٢] سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٢٠٢ .

وقت إجراء الخصم أو الإضافة ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إنذار [١] .

وقد يحدد القانون ميعادا آخر غير وقت المطالبة القضائية يسرى بعده التعويض القانونى « الفوائد » . فقد يقرر القانون سريان التعويض من وقت القيام بعمل معين ، أو من وقت حلول أجل الدين . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٥٨ مدنى من أنه « لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أنذر المشترى ، أو من وقت تسليم الشىء المبيع ، وكان هذا الشىء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره». فهذا النص يعد نصا خاصا يقيد النص العام ــ م٢٢٦ مدنى ــ فى نطاقه . وبذلك يسرى التعويض القانونى من وقت إنذار المشترى أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى [٢] . أما بالنسبة للمشترى فإنه لا يستحق الفوائد القانونية فى حالة

---

[١] السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ــ ص ١١٧٤ ، مجموعة الأعمال التحضيرية. جـ ٢ ص ٥٨٤ .

[٢] وقضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدنى (قديم) تجعل للبائع الذى سلم العين ولم يتسلم الثمن الحق فى الفوائد إذا كانت العين المبيعة تنتج ثمرات ، والحكمة من ذلك هو اجتماع المثلين فى يد أحد المتعاقدين ، وهذه الحكمة نفسها متوافرة فى حالة ما إذا كان المشترى دفع الثمن ولم يتسلم العين فيكون له الحق فى الفوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسى للمادة (١٠ يونية سنة ١٩٣٣ المحاماة س ١٤ رقم ٢/٣٥٢ ، ص٦٧٩.

أنظر أيضا :

نقض مدنى فى ٣٠ يونية ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٢٠٧ ص١٤٩٠.

نقض مدنى فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٧٥ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٦ رقم ٣٢٣ ص١٧٢٧ .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن « المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للبائع ــ وعلى ما جرى به نص المادة ٤٥٨ مدنى ـ الفوائد عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشترى وكان هذا المبيع قابلا لإنتاج ثمرات أو إيرادات ، وإن هذه الفوائد تجب

الاستحقاق الكلى أو الجزئى للشىء المبيع إذا فضل رده ، أما إذا استبقى المبيع فى حالة الاستحقاق الجزئى لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى ، وقد قضت فى ذلك محكمة النقض بقولها « إذا اختار المشترى استبقاء المبيع لم يكن لـه إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى . ويدخل فى حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع فى تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق ، والذى يتحدد بوقت رفع دعوى الاستحقاق ، ولا يستحق المشترى الفوائد القانونية إلا أن يرد إلى البائع المبيع وما أفاده منه، ويطالب بالتعويض عن الاستحقاق الكلى وفق ما نصت عليه المادة ٤٤٣ مدنى : ولما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قدر — أخذا بتقرير الخبير المقدم فى الدعوة — قيمة الجزء الذى استحق من المبيع وقت رفع دعوى الضمان لمبلغ ...... وأضاف إليه الفوائد القانونية اعتبار من تاريخ البيع وحتى تاريخ رفع دعوى الضمان رغم أن

بغير حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يعفى المشترى منها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بهذا الإعفاء » .

نقض مدنى فى ١٣ مارس سنة ١٩٨٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٣٧ ، جـ١ ص٣٢٦ رقم ٧١ .

وقد ثار خلاف بين الفقه حول مدى استحقاق البائع للفوائد فى حالة ما إذا كان الثمن مؤجلا ، فقد ذهبت قلة من الفقهاء إلى أن النص القاضى باستحقاق الفوائد منذ التسليم إنما قصد به حالة ما إذا كان الثمن معجلا ولم يدفع ومع ذلك سلم البائع الشىء المبيع إلى المشترى (د. سليمان مرقس — الوافى فى القانون المدنى — عقد البيع سنة ١٩٩١ ص ٦٠٤، د. عبد المنعم البدراوى فى عقد البيع سنة ١٩٥٨ ص ٥٤١) .

وهذا قول معقول لولا أن نص المادة (٤٥٧م) نص عام لم يتعرض لما إذا كان الثمن معجلا أم مؤجلا ولا داعى لتخصيصه بغير مخصص .

أنظر : د. محمد عبد الظاهر حسين — الوجيز فى عقد البيع ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٤ ، ص ١٣٩ .

المطعون ضدهما الأولين اختار استبقاء المبيع فلا يستحقان الفوائد القانونية ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون »[١]

ومثال ذلك أيضا ، المادتان (٥١٠ ، ٥٢٢ مدنى) . إذ نصت الأولى على أن « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود . ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إنذار ... » . ويتم تحديد هذا الوقت بالاتفاق بين الشركاء ، وفى حالة الخلاف بينهم يتولى ذلك القاضى إذ قد يتمسك الشريك بأن ميعاد الاستحقاق هو وقت بدء النشاط لا وقت إبرام عقد الشركة ، بينما يتمسك باقى الشركاء بأن وقت الاستحقاق هو زمن تمام إبرام العقد .

وقضت الثانية بأن « إذا أخذ الشريك أو حجز مبلغا من مال الشركة ، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إنذار ... » والفرض أن الاحتجاز هنا أو الأخذ بدون وجه حق ، إما عمدا أو خطأ ، والأمر كان يتطلب الإنذار بالرد على الأقل ، إذ بهذا الإجراء يعلم الشريك بعدم أحقيته فى الأخذ أو الاحتجاز ، وأن عليه المبادرة إلى الرد من وقت هذا العلم . وتعد هذه النصوص نصوصا خاصة مقيدة للنص العام[٢].

ولعل فى اشتراط المشرع للمطالبة القضائية من جانب الدائن ــ كقاعدة عامة ــ حتى يسرى التعويض القانونى ما ينبىء عن رغبة أكيدة

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٥/١١/٢١ ــ مجلة القضاة ــ السنة التاسعة والعشرون ــ العدد الأول ــ يناير ــ يونية سنة ١٩٩٧ ص ٣٨٩ رقم ٤٨ .

(٢) أنظر من الأمثلة أيضا ، المادتين ٧٠٦/٧١٠ بخصوص عقد الوكالة ، والمادة ١٨٥ بشأن قبض غير المستحق بسوء نية ، والمادة ١٩٥ بصدد الفضالة ، والمادة ٣/٨٠٠ بخصوص الكفالة .

لدى المشرع فى النظر إلى هذه النسب القانونية على أنها تعويض للدائن عن التأخير فى الوفاء بالدين من جانب المدين وليست ربا ، فتدعيما وإظهارا للمشرع عن كراهيته للربا ونفوره منه اشترط بدء سريان التعويض القانونى (الفوائد) من وقت المطالبة بالدين الأصلى والتعويض القانونى ، أى من الوقت الذى يظهر فيه تقصير المدين فى الأداء مما يستوجب تعويض الدائن عن هذا التقصير[١] لأنه لو سرى هذا التعويض من وقت نشوء الالتزام لكان هذا عين الربا ، إذ ستكون هناك زيادة على أصل الدين من وقت الالتزام ، وهذا هو عين ربا النسيئة الذى اتفق الجميع منذ عهد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى يومنا هذا على حرمته .

وقد عادت المادة ٦٤ من القانون وفى إطار هذه الزاوية الأولى واتفقت مع القاعدة العامة عندما نصت على أن « لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع العوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك». تطبيقا للمادة ٢٣٢مدنى « لا يجوز أن يجاوز مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن رأس المال الأصلى ، إلا إذا قضت بذلك القواعد والعادات التجارية » .

فجاء نص القانون متمشيا مع هذه القاعدة العامة يمنع تجاوز مجموع العوائد مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد . ولم يجز ذلك إلا

---

[١] وجاء فى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى بصدد التعليق على المادة ٢٢٦ أن «مؤدى هذا ـ اشتراط المطالبة القضائية ـ أن فوائد التأخير لا يبدأ سريانها إلا من وقت المطالبة بها أمام القضاء وعلى هذا النحو فصل المشرع فى مسألة اشتد الخلاف بشأنها فى القضاء المصرى ، واختار حكما يتجلى فيه أثر التنكر للرباء».
مجموعة الأعمال التحضيرية ـ الجزء الثانى ص ٥٨٤ .

إذا نص قانون أو جرى عرف على غير ذلك . ومادام أن القانون التجارى نفسه لم ينص على ما يخالف القاعدة العامة فإن من النادر أن نجد قانونا آخر يجيز ذلك ويصبح أمر الخروج على القاعدة العامة مقصورا على الحالة التى يجرى فيها العرف على ذلك ، وقد بينت محكمة النقض المقصود بالعرف أو العادة التجارية فى شأن المادة ٢٣٢ تعديلها . « بأنها هى ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع فى التعامل . فيكفى فى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون . ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال ... فإن هذا الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه[1] .

الموضع الثانى : الذى تناول فيه المشرع التجارى فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الحديث عن التعويض القانونى أو ما نسميه بالعائد يتعلق بالنصوص الواردة بشأن الحساب الجارى وخاصة المادتين ٣٦٦ ، ٣٧٢ من القانون .

فقد نصت الأولى منهما على : ١ ــ « لا تنتج المدفوعات فى الحساب الجارى عائدا إلا إذا اتفق على غير ذلك . ويحسب العائد وفقا لمقابل الاستثمار الذى يحدده البنك المركزى وقت التعامل ما لم يتفق على مقابل أقل . ٢ ــ لا يجوز حساب عائد على العوائد إلا إذا كان الحساب جاريا بين بنك وشخص آخر » .

---

[1] نقض مدنى ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٣ مج أحكام النقض س ١٤ ص ٩٤٦ رقم ١٣٢ .

ثم نصت الثانية على أن « تسرى القواعد العامة على تقادم دين الرصيد وعائده ويحسب العائد على دين الرصيد من تاريخ قفل الحساب ما لم يتفق على غير ذلك .

وقد أشارت إلى الحساب الجارى أيضا المادة ٢٣٣ مدنى إذ نصت على أن « الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات . وتتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى » . فقد جاءت هذه المادة دليلا آخر على تراجع المشرع عن خط سيره على طريق إلغاء أو الحد من الفوائد التى تشكل نوعا من الربا . إذ على ما يبدو أن الحساب الجارى كنوع من التعامل التجارى كان ذا حظ وافر فى التعامل، مما دفع بالمشرع إلى التراجع عن النسب التى قررها من قبل ، فأورد هذه المادة كاستثناء على القاعدة العامة بشأن نسب الفوائد . وهذا ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية بقولها « أنه ـ الحساب الجارى ـ استثنى فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥٪ بل يجوز أن يختلف تبعا لتفاوت الأسعار الجارية فى الأسواق[1] .

ويلاحظ أن هناك نوعين من الحساب **الأول** ويسمى بالحساب العادى وفيه تقيد نتيجة التعامل سواء بالسحب أو الإيداع لمجرد إثبات حصوله فقط مع احتفاظ التعامل بذاتيته وصفاته ولا يعدو الحساب عندئذ أن يكون مجرد تمثيل حسابى لعلاقة البنك بعميله ويسمى حسابا بسيطا أو حساب ودائع أو حساب شيكات .

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جـ ٢ ص ٥٩٩ .

الثانى الحساب الجارى وفيه يقصد الطرفان بقيد العملية فيه أن تفقد ذاتيتها وتتحول إلى مفرد حسابى ولا تسرى إلا فى النهاية أى عقد إقفال الحساب[١] . وتسرى الفوائد طبقا للرأى الغالب فى الفقه بقوة القانون على الحساب الجارى بدون حاجة لاتفاق الطرفين نتيجة استقرار العرف المصرفى على ذلك[٢] .

وبذلك يسرى حكم المادة ٢٣٣ مدنى على هذا النوع من الحساب . أما فى الحساب العادى أو البسيط فلا يتصور سريان الفوائد عليه إلا إذا تم اتفاق الطرفين على تقاضى فوائد[٣] . وفى هذه الحالة تخضع الفائدة للحد الأقصى لها الوارد بالمادة ٢٢٧ مدنى . ونرى أن ما يطلق عليه الآن فى البنوك بالحساب الجارى ليس إلا حسابا عاديا لا ينتج فوائده ، ويفتح لصالح عميل (فى الغالب يكون موظفا) ويسمح له بتحويل مرتبه أو أى مبالغ أخرى إلى هذا الحساب ويمكنه السحب من هذا الحساب وقتما يشاء ، ودون أن يكون له الحق فى المطالبة بفوائد اللهم إلا إذا اتفق

---

[١] د. على جمال الدين عوض ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ـ دار النهضة العربية. ١٩٨١ ص٢٢١ .

[٢] د. على البارودى ـ العقود وعمليات البنوك ـ منشأة المعارف ص ٣٣٦ .
محمد صالح بك ـ شرح القانون التجارى ـ المرجع السابق ص ٤٦١ .
د. حسنى المصرى ـ المرجع السابق ـ ص ١٢٢ .
« الودائع التجارية » ويطلق عليها أيضا الودائع بالاطلاع ـ فهى عبارة عن التزام مصرفى بالدفع لدى الطلب، ويحتفظ الأفراد أو المشروعات بأرصدتهم النقدية فى صورة ودائع جارية لدى البنوك بقصد استعمالها كأداة لتسوية الالتزامات عن طريق التعامل بالشيكات ولا تدفع البنوك فوائد على هذا النوع من الودائع ما لم تبلغ مقدارا وافرا .
د.محمد زكى الشافعى ـ مقدمة فى النقود والبنوك ـ دار النهضة العربية . سنة ١٩٦٤ ص ٢٠٣ . د. أحمد محمود جمعه . مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجارى فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى (دراسة مقارنة ـ القاهرة سنة ١٩٧٩ ص ١٢) .

[٣] د. رضا عبيد ـ القانون التجارى ـ سنة ١٩٨٨ ص ٤٤٩ .

مع البنك على ذلك ، وهذا نادرا ما يحدث .. بل يحدث العكس من ذلك حصول البنك على عمولة ومصاريف فتح مثل النوع من الحساب[1]. ولكن يشترط فى كل الأحوال أن تكون العمولة فى مقابل خدمة حقيقية ، أما إذا لم يكن كذلك أمكن اعتبارها فائدة مستترة بحيث يمكن تخفيضها إذا تجاوزت الحد الأقصى المقرر وهو ٧٪ (طبقا للمادة ٢٢٧ مدنى فى فقرتها الثانية) . ويكاد يقتصر الحساب الجارى بالمعنى التجارى على الحساب المرتبط بفتح اعتماد أو ائتمان لصالح العميل . ففى هذا النوع يمكن الحديث عن عائد قانونى.

وقد خالفت المادتان السابقتان (٣٦٦ ، ٣٧٢) ما كان مستقرا عليه فى الفقه وخاصة التجارى من أن استئناء الحساب الجارى غير مقصور على النسبة التى يمكن أن يصل إليها عائده ، بل أن الاستئناء امتد ليشمل ما يتعلق ببدء سريان فوائد التأخير فكل مدفوع فى الحساب الجارى يعطى عائدا منذ يوم حصوله حتى ولو لم يحصل الاتفاق بين طرفى الحساب على احتساب فوائد ويحتسب سعر الفوائد فى حالة عدم الاتفاق تبعا للصفة التجارية أو المدنية للحساب الجارى كما أن الفقه كان مستقرا على إمكانية احتساب فوائد على متجمد الفوائد للحساب الجارى أى ما يعرف بالفوائد المركبة كما يمكن فيه تجاوز الفوائد لرأس المال ، أى يجوز للدائن أن يتقاضى فوائد تزيد عن المبلغ المستحق .

---

[1] فى كل حالة يخرج فيها الحساب عن أن يكون حسابا جاريا (لعدم توافر شرط من شروطه) يعتبر تلقائيا حسابا بسيطا أو عاديا . ويتميز الحساب العادى بقلة أحكامه القانونية وبأنه الملجأ الوحيد أمام الأفراد الراغبين فى الهروب من أحكام الحساب الجارى القائم على الثقة والائتمان وعلى السرعة والمرونة .
أنظر : د. محى الدين إسماعيل علم الدين . موسوعة أعمال البنوك ، الجزء الأول ، سنة ١٩٨٧ ص ٣١٩ .

كما أن الحساب الجارى كان متميزا بخروجه الواضح على القاعدة العامة والمتمثل فى سريان الفوائد بقوة القانون عن كل مدفوع فى الحساب الجارى الذى يعتبر دينا غير مستحق . فالدين المتولد عن الحساب الجارى ومفرداته لا يعتبر مستحقا إلا عند الإقفال النهائى .

فجاءت هاتان المادتان بأحكام تكاد تكون مخالفة لما استقر عليه الفقه فى هذا الصدد .

أولا : قررت المادة ٣٦٦ أن الأصل فى مدفوعات الحساب الجارى أنها لا تنتج عائدا اللهم إلا إذا اتفق على غير ذلك أى إذا تم الاتفاق بين البنك وصاحب الحساب الجارى على أن تنتج هذه المدفوعات عائدا . (وهذا ما يعد مخالفا لما استقر عليه الرأى الغالب فى الفقه من أن الفوائد تسرى على الحساب الجارى بقوة القانون وبدون حاجة إلى اتفاق الطرفين نتيجة استقرار العرف المصرفى على ذلك) وفى حالة الاتفاق يتم حساب هذا العائد وفقا للعائد (أو مقابل الاستثمار) الذى يحدده البنك المركزى وقت التعامل ما لم يتفق على مقابل أقل . وبذلك يمكن أن تزيد نسبة العائد على مدفوعات الحساب الجارى عن ٧٪ وهو الحد الأقصى الذى كان الفقه يرى عدم إمكانية تجاوزه فى الحساب الجارى . إذ أن القانون يربط بين نسبة العائد والنسبة التى يحددها البنك المركزى التى تزيد فى أغلب الحالات عن نسبة ٧٪ .

ثانيا : قررت المادة نفسها أيضا عدم جواز حساب عائد على العوائد وأخذت بذلك بالقاعدة العامة التى تقضى بعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مما يخالف أيضا ما استقر عليه الفقه من استثناء الحساب الجارى من قاعدة عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد

إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء غير مفهوم وهو إذا كان الحساب جاريا بين بنك وشخص آخر ، ففى هذه الحالة يجوز تقاضى عائد على متجمد العوائد . إذ يثار التساؤل عن الحالات الأخرى التى يوجد فيها الحساب الجارى وتنطبق عليها المادة ٣٦٦ ، فالغالب أن هذا النوع من التعامل لا يطرح إلا بين بنك وشخص ، ومن النادر أن يقوم بين أشخاص عاديين أو بين بنك وبنك آخر . وفى الحالة التى يجوز فيها تقاضى فوائد مركبة ينبغى مراعاة ما يلى :

١ ـ لا يجوز تقاضى عوائد على المتجمد منها إلا بالنسبة للمبالغ التى تدخل فى حساب جار بالمعنى السابق تحديده .

٢ ـ كما يشترط أن يكون الحساب الجارى مازال مفتوحا حتى يجوز التجميد ، أما إذا أقفل الحساب وتم استخراج الرصيد ، يعتبر دينا عاديا ويمتنع تطبيق الأحكام الجديدة ويخضع للقواعد العامة .

٣ ـ ويلاحظ أخيرا أنه لا يجوز أن يكون مجموع العوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، أى أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على ذلك .

ثالثا : قررت المادة الثانية (٣٧٢) أن وقت حساب العائد على الحساب الجارى هو تاريخ قفل الحساب ما لم يتفق على غير ذلك ، وبذلك يكون القانون قد خالف ما كان مستقرا عليه فى الفقه من جواز سريان الفوائد على كل مدفوع من مدفوعات الحساب الجارى حتى قبل إقفاله . وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بأن « العرف جرى بتجميد الفوائد فى الحساب الجارى ، أما بعد إقفال الحساب ، يصبح الرصيد دينا عاديا ويخضع للقواعد العامة ، ولا يسرى عليه هذا العرف ، ولا يجوز

الاتفاق على تقاضى فوائد مركبة عن هذا الدين ، لأن تحديد الحد الأقصى للفوائد من النظام العام فلا يصح الاتفاق على مخالفته[١] .

رابعا : قررت المادة ٣٧٢ من القانون سريان القواعد العامة بشأن التقادم على دين رصيد الحساب الجارى . وتقضى هذه القواعد بأن الدين يتقادم بمضى خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون .

ويبدأ سريان تقادم دين الرصيد وعائده من تاريخ قفل الحساب واستخراج الرصيد ، إذ من هذا اليوم ينتج الرصيد العائد بقوة القانون ومن ثم يسرى تقادم العائد من يوم استحقاقه ، أى من قفل الحساب واستخراج الرصيد النهائى . ويعد ذلك تطبيقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٣٨١ مدنى التى تنص على أن « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . وإذا رفض أحد الطرفين تسوية الحساب الجارى وقفله كان للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء مطالبا باستحقاق الرصيد، وقد قضى فى ذلك بأن « إذا ترتب الدين فى ذمة المدين نتيجة حساب جار ، فإنه يعتبر حال الأداء ومستحق الوفاء بمجرد إقراره بصحة الحساب وبمديونيته بالمبلغ الذى أسفر الحساب عنه ، ويترتب على ذلك التزامه بدفعه وقت الطلب »[٢] ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تعطى المدين بالرصيد مهلة للوفاء ولو كان الرصيد مكونا كله من ديون ناشئة عن أوراق تجارية ، وإذا كان المدين بالرصيد أكثر من شخص واحد كانوا متضامنين فى الوفاء به » .

---

[١] نقض فى ٣٠ مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٩٨٧ .

[٢] محكمة استئناف القاهرة فى أول مايو سنة ١٩٦٣ ــ المجموعة الرسمية ، س٦٦ ، عدد٣ ص ٩٢٢ .

ويذهب بعض الفقه إلى أن المادة ٢،١/٣٦٦ من قانون التجارة الجديد قد ألغت المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، من القانون المدنى فى خصوص الحساب الجارى، كما ألغيتا بخصوص العوائد على الديون التجارية[١] ، كما ألغى الحكم الجديد عادة البنوك والتجار التى كانت تقضى باستحقاق عائد على المدفوعات ، واقتصر الأمر على وجود اتفاق مخالف ، وبذلك يكون الأصل هو عدم استحقاق أى عائد على المدفوعات فى الحساب الجارى ، إلا إذا اتفق ـ أو جرت العادة ـ على غير ذلك[٢] .

ويلاحظ أنه من الصعب القول بأن المواد الواردة فى قانون التجارة الجديد قد ألغت المواد السابقة عليها والموجودة في التقنين المدنى إذ طبقا لقواعد الإلغاء الضمنى ، فإن النص الخاص اللاحق لا يلغى العام السابق عليه وإنما يقيده ، تطبيقا لمبدأ أن الخاص اللاحق يقيد العام السابق فى نطاقه .. وبذلك تبقى النصوص الواردة فى التقنين المدنى قائمة حتى ولو لم يتصور عملا وجود الحاجة إلى إعمالها نظرا للتنظيم الدقيق والشامل للحساب الجارى الذى اختص به قانون التجارة الجديد فإن هذا لا يعنى إلغاء النصوص السابقة وتظهر أهمية وجودها فى الحالة التى يقدم فيها المشرع التجارى على إلغاء بعض النصوص الواردة فى قانون التجارة دون أن يضع بديلا عنها . إذ هنا ينبغى الرجوع إلى القواعد العامة السابقة والموجودة فى القانون المدنى .

ويلاحظ أن هذه الأحكام الجديدة لا تسرى إلا على المعاملات والعقود التى تبرم بعد تاريخ سريان القانون الجديد والذى نص فى المادة

---

(١) د. على جمال الدين عوض ـ عمليات البنوك ـ من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ـ الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص٣٩٤ .

(٢) د. على جمال الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٣٩٤ .

الثانيـة علـى أن يعمـل بـه اعتبـارا مـن أول أكتوبـر سـنة ١٩٩٩ ، عـدا الأحكام الخاصة بالشيك، فيعمل بها اعتبارا من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠ . وبذلـك تظـل المعـاملات والعقـود السـابقة علـى هـذا التـاريخ محكومـة بالنصوص الواردة فى التقنين المدنى والعادات التجارية . فإذا كان متفقا بين البنك والعميل على سعر معين وقواعد خاصة ، فلا يجوز للبنك التمسك بالأحكام الجديدة ولا للعميل أيضا . اللهم إلا إذا اتفق الطرفان على إعمال الأحكام الجديدة ، فهنا يعمل بهذا الاتفاق ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

المبحث الثانى

موقف المشرع الكويتى من التعويض القانونى

يتضح من خلال الاطلاع على نصوص التقنين المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ وآخر تعديل له برقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ وكذلك من الاطلاع على نصوص قانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ أن هناك تباينا واضحا بين موقف القانونين من مسألة التعويض القانونى . فقد تضمن كل منهما حكما مغايرا للآخر فى شأنه . إذ منع الأول تقاضى فوائد أيا كان شكلها أو نوعها ، بينما أجاز الثانى تقاضى فوائد ضمن بعض الشروط والضوابط . ونستعرض فيما يلى موقف القانونين من المسألة .

المطلب الأول

أولا : النصوص الواردة فى التقنين المدنى الكويتى

تنص المادة ٣٠٥ منه على ما يلى :

١ - يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير فى الوفاء بالالتزام به .

٢ - ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلا .

وتنص المادة ٣٠٦ من ذات التقنين على الآتى :

« إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

فمن هذين النصين يتضح اعتناق المشرع المدنى الكويتى لفكرة ولنهج مجلة الأحكام العدلية[1] التى كانت مطبقة فى الكويت قبل العمل بقانون التجارة سنة ١٩٦١ ، وكذلك قبل صدق القانون المدنى لسنة ١٩٨٠ . وكانت المجلة تحرم تقاضى فوائد ربوية فسار المشرع على ذات النهج مستبعدا نظام الفوائد من نطاق المعاملات المدنية فى مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود أو جزاء التأخير فى الوفاء به ، وذلك فى كل موضع يكون فيه محل الالتزام مبلغا من النقود . ولم يتخذ المشرع موقفا سلبيا بالسكوت عن النص على الفوائد بهدف تركها للاجتهاد ، وحتى لا يترك مجالا للشك أو للاختلاف حول وجودها أو عدم وجودها ، فآثر النص على بطلانها صراحة فى المادة ٣٠٥ منه . فهذه المادة تقرر بطلان الاتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود . وسواء أكانت هذه الفوائد مقابل مجرد الانتفاع بالمبلغ أم كانت جزاء التأخير فى

---

[1] وهى المجلة التى أصدرتها الدولة العثمانية فى شهر شعبان من العام ١٢٩٣هـ الموافق ١٨٧٦م وهى مأخوذة عن مذهب الإمام أبى حنيفة ، وقد طبقت رسميا فى الكويت عام ١٩٣٨م بعد سقوط دولة الخلافة الإسلامية ، وذلك لسد الفراغ التشريعى الذى كانت تشكو منه الكويت فى ذلك الوقت . أنظر فى ذلك .
د. طعمة صعفك الشمرى : الوضع القانونى للفوائد الربوية فى القانون الكويتى ــ بحث منشور فى مجلة الحقوق ــ السنة الثامنة عشرة ــ العدد الثالث ــ سبتمبر ١٩٩٤ ، ص١٦٩ .

الوفاء بالدين الذى محله مبلغ نقدى . كما حرص المشرع على التأكيد على بطلان تقاضى هذه الفوائد سواء أكانت ظاهرا أم مستترة جاءت فى صورة اشتراط الحصول على منفعة أيا كان نوعها فى مقابل الدين .

فطالما أن هذه المنفعة المشترطة لا تقابلها خدمة حقيقية قدمها الدائن إلى المدين بخلاف المبلغ النقدى ، فإنها تأخذ حكم الفائدة وهو البطلان[١] .

وطبقا للقواعد العامة فإن على الدائن إثبات حقه فى الحصول على المنفعة أو العمولة ، وأنها فعلا مقابل خدمة حقيقية أداها للمدين وليست مقابلا للانتفاع بالمبلغ النقدى .

ولا يوجد ما يحول دون المدين من إثبات العكس بالتدليل على عدم حصوله على هذه المنفعة ، أو عدم تلقيه تلك الخدمة التى يدعيها الدائن ، أو يثبت أن ما حصل عليه من خدمة أو منفعة لا تتناسب مع ما يطالب به الدائن . فإذا أفلح فى ذلك برأت ذمته تجاه الدائن أو خفض ما يطالب به الدائن إلى القدر الذى يتناسب مع ما أداه من خدمة حقيقية[٢] .

---

[١] ولذلك قضت المحكمة الكلية الكويتية بأن فرض الدائن رسما جزائيا مقداره واحد فى المائة هو فى حقيقته فائدة تأخيرية بواقع ١٪ (الحكم رقم ٨٦/٦٨٦١ لسنة ١٩٨٧/١/٥، كما قضت محكمة الاستئناف الكويتية بأن فرض ٣٪ رسوم خدمات على المدين هو من قبيل الفوائد المستترة لعدم تقديم الدائن لخدمة حقيقية مقابل هذه الرسوم... محكمة الاستئناف العليا ، الحكم رقم ١٩٨٤/٧٧٦ تجارى جلسة ١٩٨٥/٢/١٩ . مشار إلى الحكمين فى بحث الدكتور طعمة الشمرى السابق الإشارة إليه ص ١٨٣ . ويؤكد الدكتور طعمة على أن هذا الموقف الصريح « الحازم والشجاع من المشرع الكويتى فى تحريمه وحظره للفوائد الربوية بجميع أنواعها وأشكالها نادر بين التشريعات العربية – ولعله فى ذلك قد استمع – وبعد مرور أكثر من ثلاثين سنة – لتوجيه المذكرة التفسيرية للدستور الكويتى التى حثت المشرع العادى على الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما استطاع إلى ذلك سبيلا . المرجع السابق .

[٢] ويلاحظ فى هذا الشأن أننا ننظر باستمرار إلى المدين على أنه الطرف الضعيف فى العقد، وبالتالى يجب تفسير أى شك يكون بشأن ما إذا كانت المنفعة المشترطة من قبل

وحتى لا يترك الأمر للمدين على نحو مطلق يستغل فيه الدائن ، ويماطل ويمتنع عن الوفاء بالدين حتى ولو كان قادرا على ذلك . وحتى لاتؤثر هذه المماطلة من جانبه على المعاملات بين الأفراد ، إذ تؤدى إل إحجام الكثيرين عن ائتمان غيرهم . فقد عرضت المادة ٣٠٦ مدنى للحالة التى يتأخر فيها المدين بمبلغ نقدى عن الوفاء وبخاصة إذا كان قادرا على ذلك. وبمقتضى هذا النص يتعين توافر الشروط العامة للتعويض لتحكم به المحكمة وهذه الشروط هى :

الدائن تقابلها أو لا تقابلها خدمة حقيقية لصالحه . فإن هذا الشك يفسر باستمرار لمصلحة المدين . ولا يخفى ما للقاضى من دور بارز هنا فى الكشف عن الحيل والأساليب التى يتلاعب بها الدائنون بهدف الحصول على مقابل الانتفاع بالنقود ولو كان ذلك بطريقة صورية .

وفى المعنى ذاته تقضى محكمة الاستئناف الكويتية ـ دائرة التمييز ـ بالقول أنه « فى الحالة التى يلجا فيها المتعاقدان إلى الصورية فإن الأصل هو وجوب الاعتداد بالحقيقة ، إذ هى التى حدثت بالفعل ، دون المظهر الذى أريد لها أن تتخفى فيه ، فيسرى بين الطرفين والخلف العام لكل منهما ، العقد الحقيقى المستور ، دون العقد الصورى الساتر، شريطة أن يكون هذا العقد المستور قد توافرت فيه مقومات قيامه . وإذ كان من المقرر فى الأصل أنه لا يجوز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة ، طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة آمرة من قواعد النظام العام ، ومن ثم فإن إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بكافة طرق الإثبات ، فى حالة الاحتيال على القانون ، جائز لمن كان الاحتيال موجها ضد مصلحته. لما كان ذلك ، وكان المشرع قد قرر أن الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليها فى المادة ١١١ من قانون التجارة هو مما يتعلق بالنظام العام ، الأمر الذى لا يجوز معه الاتفاق على مخالفته ، ويتعين رد ما دفع زائدا عما حدده المشرع ، وبالتالى يجوز للمطعون ضده المدين ـ وهو أحد العاقدين فى الدعوى الماثلة ـ أن يثبت بغير الكتابة صورية عقد بيع الأسهم موضوع الدعوى ، وإنه قصد بهما ستر عقد إقراض الطاعن له بفائدة ربوية ، لأن الاحتيال هنا وقع إضرارا بحقه فى استرداد ما دفع من فوائد زائدا عما هو محدد قانونا .

الطعن ٨٨/٤٩ تجارى جلسة ١٩٨٨/٦/٥ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ التى قررتها محكمة التمييز ـ يونية ١٩٩٦ المجلد الثالث ـ القسم الثانى ـ ص ٣٩٥ رقم ١٠ .

أولا : خطأ المدين المتمثل فى عدم الوفاء بالدين ، وتأخره فى ذلك الوفاء مع قدرته عليه . ولهذا لا يكون المدين مخطئا إلا إذا قام الدليل على مماطلته وتعنته واتجاه نيته إلى التأخير فى الوفاء . ويثبت هذا الدليل بقيام الدائن بإعذاره بالوفاء . وقد تساهل المشرع مع الدائن إذ اكتفى منه بمجرد الإعذار ، ولم يتطلب منه أى إجراء آخر كالمطالبة القضائية مثلا . وقد روعى فى ذلك أمران :

أولهما : اشتراط أن يكون المدين قادرا فعلا على الوفاء ثم يقوم الدائن بإعذاره به . والذى يتحمل عبء إثبات قدرة المدين على الوفاء هو الدائن .

ثانيهما : أن الاعذار وسيلة إلى حمل المدين على الوفاء بالمبلغ النقدى قبل تطور الأمر بينه وبين الدائن ويصل إلى القضاء . خاصة وأن الخطر الذى يراد حماية الدائن منه ، والفرض أن المدين مقتدر ، وهو حرمان الدائن من النقود فى الفترة ما بين وقت استحقاق الدين والوقت الذى يتمكن فيه من استيفاء حقه بالتنفيذ على أموال المدين . فإذا زال هذا الخطر نتيجة الإعذار لقيام المدين بالوفاء بعده . يكون مقصد المشرع قد تحقق

ثانيا : لا يكون للدائن الحق فى التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب تأخر المدين فى الوفاء أيا كان هذا الضرر ، بل لابد كما يقول النص « أن يكون الضرر غير مألوف » . وهو ما يعنى أن يكون ضررا غير عادى ، له صفة الاستثناء ، فلا يكفى مجرد حرمان الدائن من مبلغ من المال كان سيستثمره كما يستثمر الناس عادة أموالهم .

بل لابد أن يترتب علـى مماطلـة المدين فـى الوفـاء بـالدين إصابـة الدائن بضرر جسيم يفوق ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص العـادى فـى مثل هذه الحالة . والمكلف بإثبات ذلك هو الدائن ، إذ عليـه التدليـل علـى عناصر الضرر غير المألوف ، كما أن عليه إثبات ارتباط الضرر بواقعة عدم الوفاء . بما يعنيه أنه نتيجة مباشرة لتأخر المدين فـى أداء الالـتزام . وتكليف الدائن بالإثبات هنا مبنى على أنه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر ، الذى يدل على أن مجرد التأخر فى الوفـاء بـالدين لا يصيـب الدائـن ـــ كأصل ـ بضرر أو أنه يصيبه بضرر بسيط مألوف ، كمثـل ذلـك النـاتج عن عدم استثمار الأموال خلال هذه الفترة ، فإذا أراد الدائن إثبات عكس ذلك عليه إقامة الدليل .

وقد ضربت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى أمثلة للضـرر غـير المألوف : بحالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على أنـه سيستوفى حقـه فـى موعد استحقاقه ، وارتبط بناء على ذلك بصفقة يلتزم فيها بمبلـغ يُسـتحق فى موعد استحقاق الدين الذى له أو بعده بقليل ، وبسبب عدم وفاء مدينه وبالتالى عدم وفائه بما عليه فسخ العقد الذى تمت به الصفقة وحكـم عليـه بالتعويض . وكذلك حالة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على المبلغ الـذى لـم يف به المدين ليفى دينا عليه ، ولما تأخر المدين تأخر الدائـن فـى الوفـاء بما عليه ، وانتهى الأمر بالحجز على منزله وبيعه جبرا[١] .

وفى الحقيقة أن اشتراط كون الضرر غير مألوف أمر لا يخلو من النقد، إذ طالما اعترف المشرع بأحقية الدائن فى الحصول على التعويض إذا تأخر المدين فى الوفاء بالمبلغ النقدى ، فـإن لازم ذلـك الاعـتراف لـه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ـ المجلد الثالث ـ ص ١٠٥٦ .

بالحصول على هذا التعويض عن أى ضرر أصابه حتى ولو كان بسيطا أو مألوفا ، خاصة وأنه لا يملك المطالبة بالتعويض إلا من الوقت الذى يستحق فيه المبلغ النقدى ، ومع ذلك لم يقم المدين بالوفاء مماطلا فى ذلك أو متعنتا مع قدرته على ذلك . بالإضافة إلى هذا ، فإن معيار الضرر غير المألوف غير منضبط ونسبى . فما يكون ضررا مألوفا لدائن قد يكون غير ذلك بالنسبة للآخر ، وسيفتح ذلك مجالا واسعا للاختلاف بين أحكام المحاكم ، وسيؤدى إلى مشقة نحن فى غنى عنها إذا ما قررنا أحقية الدائن فى الحصول على تعويض عن أى ضرر أصابه دون اشتراط وصف خاص فى هذا الضرر . من جانب آخر ، فإن الأمثلة التى ضربتها المذكرة الإيضاحية لا يستشف منها على وجه الدقة المعيار الواجب اتباعه للتفرقة بين الضرر المألوف أو العادى والضرر غير المألوف . ولكل ما تقدم ، يكون من الأفضل الاكتفاء بأن يثبت الدائن إصابته بضرر دون تحديد درجة جسامته . مع إعطاء القاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالتعويض المناسب فى ضوء الأحكام العامة وفى حدود المعايير والضوابط التى ألزمه بها المشرع[1] .

وإذا توافرت الشروط التى أشارت إليها المادة ٣٦٠ مدنى ، جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض للدائن . وهى فى تقديرها لهذا التعويض ، لاتلتزم بالقواعد العامة فى هذا التقدير ، أى أنها لا تلزم بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب ، بل تراعى ـ كما يقول النص ـ مقتضيات العدالة. الأمر الذى يفتح كما ـ تقول المذكرة الإيضاحية ـ

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ـ المجلد الثالث ـ ص ١٠٦٦ .

الباب أمام القاضى ليدخل فى اعتباره كافة الظروف الخاصة بأطراف النزاع[١] .

ويمكن فهم هذا الكلام على أنه تكملة لسابقه ، إذ طالما أن الدائن لايستحق تعويضا إلا عن الضرر غير المألوف الذى أصابه / فإن لازم ذلك ، أن يراعى القاضى أن يأتى التعويض فى هذه الحدود حتى ولو لم يكن جابرا لكل ما أصاب الدائم من أضرار ، بحيث يحقق العدالة النسبية بين الطرفين . إذ يراعى – من ناحية – جبر جانب من الأضرار التى أصابت الدائن ، ومن ناحية أخرى لا يحكم على المدين بتعويض كافة ما أصاب الدائن من أضرار.

ونرى أنه لا يوجد تعارض بين مقاضيات العدالة وبين الحكم للدائن بالتعويض عن بعض ما فاته من كسب أو ما لحقه من خسارة . بل إن هذا المعيار المتبع فى تقدير التعويض بشكل عام قد يكون هو المعيار الوحيد الذى يحقق العدالة للأطراف . ولا يحول هذا المعيار دون مراعاة القاضى وأخذه فى الاعتبار لكافة الظروف المحيطة بطرفى النزاع . والتى منها بلا شك مدى تعنت أو مماطلة المدين فى الوفاء ، وكذلك مدى قدرته المالية على ذلك .

ويعترض بعض الفقه على ما ورد بعجز المادة ٣٠٦ مدنى من النص على أنه أجاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » مما يعنى أن توافر الشروط التى سبقت الإشارة إليها لا تعطى بذاتها للدائن الحق فى الحصول على تعويض . ويرى أن فى ذلك خطأ جسيما وقع فيه المشرع ويجب تلافيه فى أسرع وقت . إذ كيف

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – المجلد الثالث – ص ١٠٦٦ .

يصاب شخص بضرر غير مألوف ولا تلزم المحكمة بإصدار حكم لتعويضه . إنه أمر مرفوض تماما[١] .

ونرى أن الجواز الممنوح هنا للمحكمة ليس فى الحكم بالتعويض من عدمه ، وإنما الجواز ينصب على سلطة المحكمة فى تقدير أولا توفر شروط التعويض ، وينصب ثانيا على تقدير عناصر التعويض وكذلك مقداره . فإذا تيقنت المحكمة من وجود الخطأ المتمثل فى التأخير فى الوفاء مع القدرة عليه، ومن اعذار الدائن للمدين بذلك ومن قيام الأول بإثبات إصابته بضرر غير مألوف ــ طبقا للنص ــ فإن عليها الحكم بالتعويض وتقدره وفقا لمقتضيات العدالة . والدليل على ذلك أن القضاء نادر ما لا يحكم بتعويض المضرور متى ثبت الضرر وتوافرت باقى شروط التعويض .

وسيرا على ذات النهج من جانب المشرع المدنى الكويتى فى تحريم تقاضى فوائد تقابل الانتفاع بمبلغ نقدى ، نصت المادة ٥٤٧ على أن :

١ ــ يكون الاقراض بغير فائدة ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك دون مساس بالقرض ذاته .

٢ ـ ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض .

كما تنص المادة ٥٤٨ مدنى أن « على المقترض أن يرد المثل عند حلول أجل القرض المتفق عليه أو عند سقوطه ، فإذا لم يتفق على أجل أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا للرد وفقا للظروف .

---

[١] د. طعمه الشمرى ـ المرجع السابق ـ ص ١٩٠ .

فإذا اتفق الطرفان صراحة على أجل الاستحقاق تعين احترام هذا الميعاد من جانب المدين ، وعليه أن يقوم بالوفاء بالدين (القرض) فى موطن الدائن وذلك عكس قاعدة أن « الدين مطلوب لا محمول » حتى لا يكلف الدائن بنفقات أو مصروفات عند سعيه إلى الحصول على الدين ، إذ يكفيه فضلا منح المدين القرض وانتظاره عليه إلى حين حلول الأجل ، وعدم حصوله على أية زيادة على أصل الدين . لذا يتعين عدم المبالغة فى المشقة على الدائن بإلزامه بالسعى إلى المدين للحصول على دينه ، بل ينبغى إلزام الأخير بحمل الدين إلى حيث يتواجد الدائن .

أما إذا لم يكن هناك اتفاق صراحة على ميعاد الاستحقاق ، وعرض الأمر على القاضى لتحديده ، فإن أول ما يجب عليه هو البحث عما إذا كان هناك تحديد ضمنى للميعاد من جانب الطرفين . وذلك من خلال دراسة الظروف المحيطة بالمتعاقدين ، والنظر فيما إذا كانت هناك تعاملات سابقة بينهما أم لا ، بحيث إذا جرى التعامل بينهما على أن يقوم الدائن بإقراض المدين مبلغا من المال ثم يقوم الأخير بسداده عند بيع محصولات أرضه أو جنى القطن أو قطف ثمار حديقته ، فإن الميعاد هنا يكون قد تحدد بين الطرفين بطريقة ضمنية ، وإذا لم يستطع القاضى الكشف عن هذا الميعاد الضمنى تولى هو تحديد ميعاد استحقاق الدين ، بشرط مراعاة أن يكون الميعاد مناسبا وفقا لظروف المدين ، بحيث يكون من المحتمل قدرته على الوفاء عند حلول هذا الميعاد .

ويستفاد من هذه المواد أن المشرع المدنى قد أبطل الفائدة المشترطة فى عقد القرض إلا أنه أبقى العقد صحيحا . بمعنى أنه لم يشأ أن يجعل العقد فاسدا لاحتوائه على شرط باطل على غرار الفقه

الإسلامى ، بل اعتبر العقد صحيحا منتجا لكافة آثاره مع بطـلان الشـرط الملحق به والخاص بالفائدة . ولذلك فقد ألـزم المدين (المقترض) بـرد مبلغ القرض عند حلول أجله دون زيادة .

وقد بينت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى المغزى من منع الفوائد فى حالة الاقراض بقولـها « ١ - إذ أبـاح الإسـلام القرض علـى أسـاس التعاون والإخاء الإنسانى ، وتفريج الكروب والنوازل .وشدد النكير على المرابيـن وهددهـم بأشـد أنـواع التـهديد والوعيـد ولذلـك حـرم فـى الفقـه الإسلامى أن يشترط فى القرض أى شـرط يجـر منفعـة للمقـرض ، وإلا فسد العقد بمثل هذا الشرط».

٢ ـ وقد حرص المشرع على التزام هذا الأصـل ، فنـص علـى أن يكون إقراض الأفراد بغير فائدة ، وعلى بطلان كل شرط يقضى بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته . ويعتبر فـى حكـم الفـائدة كـل منفعـة يشترطها المقرض فى اية صورة تكون . فالقرض يكون دائما من عقـود التبرع ، ولذلك يجب أن تتوافر فى المقرض أهلية التبرع ، أما المقترض فتشترط فيه أهلية الالتزام[1].

وهذا مسلك حسن واتجاه محمود من قبل المشـرع المدنـى الكويتـى وذلك لاتفاقه التام مع أحكـام الفقـه الإسـلامى ، ومـع أحـاديث رسـول الله صلى الله عليه وسلم التى شددت الوعيد والنهى عن التعامل بربا النسيئة . فإذا كانت معاملات البنـوك والفـائدة المتحصلـة عنـها وإذا كـانت النسـب الواردة فى القانون المدنى المصرى أو فى قانون التجارة الكويتـى يـدور الشك حول اعتبارها فائدة أن أنها تعتبر تعويضا محددة له شروطه ، فإن

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ـ المجلد الرابع ـ ص ١٦٥٠ .

الشك ينتفى والخلاف يمتنع والجدال يوقف بشأن الفائدة التى يشترطها المقرض على المقترض . إذ أن هذه الفائدة هى عين ربا النسيئة الذى كان معروفا لدى الجاهلية ، وهو القرض المشروط فيه الأجل وزيادة المال المقترض وهو أيضا الزيادة على أصل المال من غير تبايع . وصورته ـ كما كانت فى الجاهلية ـ أن يكون للرجل على آخر دين إلى أجل ، فإذا حل الأجل ولم يجد المدين وفاء لدينه وعجز عن الدفع قال للدائن زدنى فى الأجل وأزيدك فى الدين ، أو يقول الدائن للمدين أما أن تدفع وإما أن تربى فيفعلان « وهذا النوع من الربا لا شبهة فى تحريمه ولا جدال فى منعه وعدم قبوله ، وقد روى البخارى ومسلم عن أسامة بن زيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا ربا إلا فى النسيئة »[1] وقد قرر فى ذلك ابن القيم أن الربا نوعان : جلى محرم لذاته وهو ربا النسيئة وخفى محرم لغيره وهو ربا الفضل[2] .

---

[1] يعرف الربا ، بالزيادة ومنه قوله تعالى « فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت » يعنى زادت ، ويعرف شرعا بأنه زيادة فى شىء مخصوص . وقد عرفه الحنفية ، بأنه فضل مال بلا عوض فى معاوضة مال بمال ـ أنظر تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص٨٥ .
وقال الشافعية : هو عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيار الشرع حالة العقد ، أو مع تأخير فى البدلين أو أحدهما . أنظر نهاية المحتاج ، جـ ٣ ص ٤٠٩ .
وتنقسم صور الربا إلى ثلاثة :
ربا الفضل : وصورته بيع مكيل بمكيل من جنسه إذا كانا مطعومين ، وموزون بموزون من جنسه ولو اختلف النوع إذا بيعا وأحدهما أكثر من الآخر . ربا النسيئة ، وهو بيع المكيل بالمكيل المطعومين ، والموزون بالموزون المطعومين ولو لم يكونا من جنس واحد إذا بيعا إلى أجل أو غير مقبوضين بمجلس العقد ربا القرض ، وهو إقراض شىء مما يصح قرضه واشتراط منفعة مقابل القرض ، كسكنى داره وركوب دابته . أنظر فيما سبق .
توضيح الأحكام من بلوغ المرام ، تأليف الشيخ عبد الله عبد الرحمن البسام ـ دار القبلة الثقافية الإسلامية ـ جدة ـ السعودية ـ الطبعة الأولى ١٤١٣ ، ١٩٩٢ ص ٦ .

[2] ابن القيم ـ فى أعلام الموقعين عن رب العالمين ـ الجزء الثالث ـ ص ٩٩ .

وقد ذهب البعض إلى التفرقة بين ربا الجاهلية وهو الصورة المعروضة آنفا ، وبين ربا النسيئة ويتحقق فى حالتين أولاهما : أن يكون كل من البدلين مما يجرى فيه القدر (الكيل أو الوزن) ثانيتهما : أن يكون البدلان من جنس واحد . وهذا الرأى هو رأى الحنفية . وعند الشافعية يتحقق ربا النسيئة إذا كان البدلان من الطعام أو من الأثمان ولا يشترط فوق ذلك اتحاد الجنس بينهما ، بينما يرى ابن عباس أن ربا النسيئة هو نفسه ربا الجاهلية ، حيث تكون الزيادة فى رأس المال مقابل الأجل[1] ومن ذلك الرأى أيضا ابن القيم كما عرضناه من قبل ، وفى الحقيقة أن هناك وجهين لربا النسيئة الأول نص عليه القرآن ويسمى ربا الجاهلية ، إذ يقول سبحانه وتعالى فى سورة آل عمران « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون » الآية ١٣٠ وهذه الصورة تقابل ما يسمى حاليا بالفوائد المركبة وهى الفوائد التى تؤخذ على متجمد الفوائد .

والثانى نص عليه الحديث النبوى « ... فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » وذلك يعنى أنه يجوز الفضل عند اختلاف البدلين، شريطة أن يكون التناول يدا بيد وليس نسيئة ، فإذا أجل أحدا لبدلين تحقق ربا النسيئة .

وكلا الوجهين حرام ويعد ربا نسيئة بالمقابلة لربا الفضل . ويقصد به الزيادة المادية التى يأخذها المتبادلين فى بدلين من جنس واحد (كالذهب بالذهب) دون أن يقابل هذا الأخذ مقابل فى البدل الآخر .

---

(١) ورد ذلك فى مقال « مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية ، الدكتور أحمد شرف الدين ـ منشور فى مجلة الحقوق والشريعة الكويتية ـ السنة الرابعة ـ العدد الأول ـ صفر ١٤٠٠هـ ـ يناير سنة ١٩٨٠م ـ ص ١٧٥ .

ولا تخرج الزيادة المشترطة فى عقد القرض عن صور ربا النسيئة لأن هذه الزيادة مقابل الأجل . كل ما فى الأمر أنها اشترطت عند إبرام العقد ويقرب بذلك من قاعدة « ضع وتعجل » وهى أن يكون للرجل على الآخر دين لم يحل فيطلب منه تعجيله قبل حلوله على أن ينقص منه، وهو حرام عند الجمهور[١] .

يبقى أن نشير إلى أن آية المضاعفة التى وردت فى سورة آل عمران كانت ثانى مرحلة من مراحل تحريم الربا . إذ من المعلوم أن تحريمه لم يكن مرة واحدة ، بل اتبعت بشأنه قاعدة التدرج فى التحريم كان أوله الآية ٣٩ من سورة الروم بقوله تعالى « وما آتيتم من ربا ليربو فى أموال الناس فلا يربو عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون » ثم كانت الآيات ٢٧٥ إلى ٢٨١ من سورة البقرة هى آخر ما نزل بخصوص تحريم الربا وفيها يقول الله عز وجل « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمحق الله الربا ويربى الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم . إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون . ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لن تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تُظلمون[٢] .

---

[١] بدائع الصنائع للشوكانى – جـ ٧ ص ٣٩٥ .

[٢] أنظر فى تفصيل أنواع الربا والآيات المتعلقة به – د. يوسف قاسم – التعامل التجارى فى ميزان الشريعة الإسلامية ، ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م ص ١٢٠ .

المطلب الثانى
النصوص الواردة فى قانون التجارة الكويتى

وإذا كان التقنين المدنى الكويتى قد سار فى خط معاكس تماما لخط التقنين المدنى المصرى ، فإن قانون التجارة قد سلك ـ على العكس من ذلك ـ مسلك المشرع المصرى لدرجة أن النصوص الواردة فيه تقترب من المادة ٢٢٦ مدنى مصرى وما بعدها . مع بعض الاختلافات البسيطة. وتبدأ هذه النصوص بالمادة ١١٠ إلى المادة ١١٥ من قانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ .

تنص المادة ١١٠ على أن « إذا كان محل الالتزام التجارى مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة فى المائة .

ثم تنص المادة ١١١ على أن :

١ - يجوز للعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على الأسعار المعلنة من البنك المركزى . التى يقوم بتحديدها مجلس إدارة البنك بعد موافقة وزارة المالية . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذه الأسعار وجب تخفيضها إلى الأسعار المعلنة فى تاريخ إبرام الاتفاق ، وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر .

٢ ـ وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن ـ إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها ـ على الحد الأقصى المتقدم ذكره ،

تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة والمنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ، ولا نفقة مشروعة[١] .

ثم تنص المادة ١١٢ على أن « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » .

ثم تنص المادة ١١٣ على أن « تستحق الفوائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » .

---

[١] قضت محكمة التمييز الكويتية بأن « النص فى المادة ١١١ من قانون التجارة على أن « كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره فى الفقرة السابقة ، وهو سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى ـ تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة » يدل على أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضى العمولة أو منفعة وبين الفائدة المتفق عليها ، ولو زاد ذلك على الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة إلا أن شرط ذلك ألا تكون العمولة أو المنفعة المتفق عليها لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ، ويقع على المدين ، إذا نص فى العقد الذى يربطه ، بالدائن على عمولة ، عبء إثبات أنه لا يقابلها خدمة حقيقية . ذلك أن من المقرر عملا بالمادة ١٧٨ مدنى أنه إذا ذكر سبب الالتزام فى العقد قامت قرينة قانونية على أن ذلك السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى ، ويكون على المدين إثبات صورية هذا السبب . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون قد اعتبر نسبة الـ ٣٪ التى نص فى عقدى التسهيلات على التزام الشركة المدينة بها مقابل خدمات ، أنها فائدة مستترة استوفاها البنك مقدما ، بدعوى أنه لا يقابلها خدمات حقيقية أفصح عنها البنك . وكانت الشركة المدينة لم تدع صورية ما نص عليه فى عقدى التسهيلات متعلقا بهذه النسبة ، أو تدفع الدعوى فى صددها بدفاع . فإن الحكم يكون بهذه المثابة قد خالف القانون ، إذ ألقى بعبء إثبات نفى صورية هذه النسبة على البنك بداءة ـ مع أنه الدائن فى العقدين ـ ويتعين لذلك تمييز الحكم تمييزا جزئيا فى هذا الخصوص .
« الطعنان ٨١ ، ٨٥/٩٠ تجارى جلسة ١٩٨٦/١/٨ ـ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز ـ فى المواد التجارية والمدنية ـ القسم الثانى ـ المجلد الثالث ـ

ثم وضحت المادة ١١٤ حق الدائن في الحصول على تعويض تكميلي وشروط ذلك ، وكذلك حق المدين في المطالبة بتخفيض الفوائد .

وأخيرا ، حرمت المادة ١١٥ تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ومنعت مجاوزة الفوائد التي يتقاضاها الدائن لرأس المال ، مع مراعاة العادات التجارية والأحوال المنصوص عليها في القانون وما يوضع من قواعد للقروض طويلة الأجل .

وهكذا ، يتضح أن هذه النصوص قد جاءت على غرار المادة ٢٢٦ مدني مصري وما بعدها مع بعض الاختلافات التي نذكر منها :

١ ــ أن النسب الواردة بهذه المواد لا يعمل بها إلا بالنسبة للمعاملات التجارية فقط دون المعاملات المدنية . ولك أمر طبيعي نظرا لتحريم القانون المدني الحصول على أية فوائد نظير الانتفاع بمبلغ نقدي . وإذا كان الأمر سهلا بالنسبة للأعمال التجارية المحضة سواء أكانت إعمالا تجارية بقصد المضاربة (م٣ تجاري كويتي) أم أعمالا تجارية لذاتها (م٥ تجاري كويتي) أو أعمالا تجارية بالتبعية (م٨ تجاري كويتي) فإن الصعوبة تنشأ بالنسبة للأعمال المختلطة التي تقع في المنطقة المحصورة بين القانون المدني والقانون التجاري ، بحيث لا تعد مدنية محضة أو تجارية خالصة ، والعمل يكون مختلطا إذا تم بين شخصين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر وهنا يثور التساؤل عن أي القواعد القانونية تطبق ؟ هل هي القواعد المدنية أم القواعد التجارية ؟. ويثور ذلك ـ وثار ـ بوجه خاص في مسألة شديدة الأهمية مثل مسألة استحقاق الفوائد على الديون حيث يجيزها قانون التجارة الكويتي بينما يحرمها ــ

كما رأينا ـ التقنين المدنى . فإذا خضع التعامل للقواعد المدنية حرمت الفوائد الظاهرة والمستترة ، أما إذا أخضعناه لقواعد قانون التجارة صار استحقاق الفوائد أمرا قانونيا . ونرى أن الحكم على طبيعة الدين وما إذا كان تجاريا أو مدنيا يكون بالنظر إلى المدين وليس إلى الدائن . وبناء على ذلك لا يجوز للدائن بدين تجارى أن يتقاضى فوائد على دين أو قرض مدنى بالنسبة إلى المدين ، أما إذا كان الدين بالنسبة للدائن مدنيا وللمدين تجاريا فإنه يجوز له تقاضى فوائد على هذا الدين[١] .

٢ ـ أجازت هذه النصوص الاتفاق على نسبة تزيد عن النسبة التى حددتها وهى ٧٪ بشرط ألا تتجاوز الزيادة الأسعار المعلنة من البنك المركزى[٢] . بمعنى أن نسبة ٧٪ تعتبر الحد الأدنى للفوائد والأسعار المعلنة هى الحد الأقصى لها . بخلاف الوضع فى القانون المدنى المصرى حيث لايجوز للأفراد الاتفاق على فوائد تزيد على ٧٪ .

---

(١) أنظر عكس ذلك : د. طعمه الشمرى ـ المرجع السابق ـ ص ٢٠١ ، ويرى أن استخدام مفهوم المخالفة للمادة ١٠٢ يؤدى إلى مفارقة غريبة لا يقبلها دين ولا مصلحة ولا حتى منطق وذلك بالقول بأن إذا كان الدين بالنسبة للدائن مدنيا وللمدين تجاريا فإنه يجوز تقاضى فوائد على هذا الدين ويضيف إنه إذا كان لا يجوز للدائن بدين تجارى أن يتقاضى فوائد على دين أو قرض مدنى بالنسبة للمدين ، فمن باب أولى لا يجوز للدائن بدين مدنى أن يحصل على فوائد ربوية على دين تجارى بالنسبة للمدين .

(٢) وفى ذلك قضت ـ محكمة الاستئناف الكويتية ـ دائرة التمييز ـ أن « مفاد نص المادة (١١١) من قانون التجارة أنه إذا اتفق المتعاقدان على فوائد تزيد على الأسعار المعلنة من البنك المركزى وجب تخفيضها إلى الأسعار المعلنة فى تاريخ إبرام الاتفاق ... ثم قالت « ولما كان من المقرر أن الأحكام التى أوردتها هذه المادة تتعلق بالنظام العام ، يتعين على المحكمة إعمالها من تلقاء نفسها » .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة التمييز ـ القسم الثانى ـ المجلد الثالث ـ سنة ١٩٩٦ ـ ص ٣٩٦ .

ويلاحظ أن الفائدة أو النسبة التى حددها المشرع يؤخذ بها فى حالة تخلف اتفاق الأطراف على نسبة أخرى[١] .

وإذا اتفق الأطراف على نسبة تزيد عن السعر المعلن من البنك المركزى، فإن هذه النسبة يجب تخفيضها إلى السعر المعلن فى تاريخ إبرام الاتفاق ويتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر . ويلاحظ أن المشرع التجارى قد أحسن صنعا بنصه على أن السعر الذى تخفض النسبة إليه هو السعر المعلن إليه البنك المركزى لحظة إبرام العقد وليس وقت استحقاق الدين ، حتى يكون المدين على بينة من أمره بشأن ما قد يستحق عليه من فوائد فيما بعد .

٣ ـ حدد قانون التجارة الكويتى ميعاد استحقاق الفوائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ، أى بمجرد حلول أجل الوفاء بالدين. فإذا لم يقم المدين بذلك يبدأ احتساب الفوائد[٢] . وذلك على عكس ما اشترطه القانون المدنى المصرى إذ تطلب المطالبة القضائية لثبوت حق الدائن فى التعويض القانونى (الفوائد) . ومعنى ذلك ، أن الفوائد لاتسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية[٣] وإذا اختلف هذا التاريخ

---

[١] وفى ذلك تقول محكمة الاستئناف الكويتية ــ دائرة التمييز ــ أن « لا وجه لاحتساب الفائدة القانونية بنسبة ٧٪ التى أخذ بها الحكم لما هو مقرر ، وفقا للمادة ١٠٢ ، أن الفائدة القانونية لا يصار إليها إلا إذا لم يعين سعر الفائدة فى العقد . وقد اتفق على أن تكون بنسبة ٨٪ . وإذ خلص الحكم إلى غير ذلك فإنه يكون قد خالف القانون الطعنان ٢٩٤ ، ٢٩٨ تجارى ـ جلسة ١٩٩٠/٣/٥ ـ المجموعة السابقة ص ٣٩٧ .

[٢] وقضت فى ذلك أيضا محكمة الاستئناف الكويتية ـ دائرة التمييز ـ أن « من المقرر أن الفوائد التأخيرية تكون فى ذمة المدين ، عن دين حل أجل استحقاقه ولم يوف به للدائن ، وتعتبر هذه الفوائد بمثابة تعويض عن تأخير المدين فى الوفاء بالتزامه ... » . المجموعة السابقة . ذات العدد ص ٣٩٣ .

[٣] وقد كان قانون التجارة السابق ينص على استحقاق الفوائد . والتى كانت نسبتها ٥٪ من تاريخ المطالبة القضائية . فجاء القانون الجديد الصادر فى ١٩٨٠ فجعل الميعاد هو=

عن تاريخ استحقاق الدين ، بأن وجدت فترة زمنية بين التاريخين فإن نسبة الفوائد يتم احتسابها من تاريخ المطالبة . ويلاحظ أنه لا يقوم مقام المطالبة أى إجراء آخر مثل الإنذار.

وإذا كان اشتراط المطالبة القضائية لسريان الفوائد أمر غير متعلق بالنظام العام ، كما يستفاد ذلك من عجز المادة ٢٢٦ مدنى إذ قضى بأن «تسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إذا لم يحدد الاتفاق والعرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ... » .

=وقت استحقاق الدين ، ولا تسرى هذه النسبة إلا على التصرفات التى تبرم بعد العمل بالقانون الجديد ، بينما تظل العقود التى أبرمت فى ظل القديم ، حتى ولو امتدت آثارها إلى ما بعد العمل بالجديد . وفى ذلك قضت محكمة التمييز الكويتية بأن « النص فى المادة الثالثة من القانون المدنى على أن « يسرى القانون الجديد على كل ما يقع من تاريخ العمل به ما لم ينص على خلافه ، ومع ذلك تبقى آثار التصرفات خاضعة للقانون الذى أبرمت تحت سلطاته ما لم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسرى على ما يترتب منها بعد نفاذه » . والنص فى المادة ٩٦ من قانون التجارة الحالى على أنه « فيما عدا ما نص عليه فى هذا الكتاب تسرى على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى » والنص فى المادة ١١٠ من هذا القانون على رفع سعر الفائدة القانونية التأخيرية إلى ٧٪ (من تاريخ الاستحقاق م١١٣) بعد أن كانت ٥٪ من تاريخ المطالبة القضائية بها بمقتضى نص المادة ١٦٥ من قانون التجارة السابق » يدل على أنه بصدور قانون التجارة الجديد المعمول به اعتبارا من ١٩٨١/٢/٢٥ فإن رفع سعر الفائدة القانونية المنصوص عليها فيه وسريانها بمجرد استحقاقها لا ينطبق على التصرفات التى أبرمت تحت سلطانه ذلك أن حكم المادتين ١١٠ ، ١١٣ المشار إليهما هو حكم مكمل لم يهدف بذاته إلى حماية مصلحة عامة وغير متعلق بالنظام العام ، لما كان الثابت فى الدعوى أن العلاقة بين الطرفين يحكمها عقد المقاولة المؤرخ فى ١٩٨٠/٦/٢٦ المكفول تنفيذه بخطاب الضمان ، وكان النزاع الماثل إنما يقوم على الإخلال بالتزام يتعلق بتنفيذهما هو مصادرة خطاب الضمان بغير حق ، فإن هذا النزاع يخضع لأحكام قانون التجارة السابق الذى أبرم فى ظله التصرفات سالفى الذكر ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس » . الطعنان ٤٣، ٨٦/٤٩ تجارى جلسة ١٩٨٦/١١/٥ ــ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز ــ المرجع السابق . ص ٣٩٢ رقم٤ .

فإن ربط ميعاد استحقاق الفوائد بميعاد استحقاق الديون في قانون التجارة الكويتي غير متعلق بالنظام العام ، كما يتضح ذلك أيضا من المادة ١١٣ منه إذ نصت على أن « تستحق الفوائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك» .

وطبقا لذلك ، فإن ميعاد استحقاق الفوائد يعد من القواعد المكملة التي يسمح بصددها المشرع للأفراد بمخالفتها ، ولهذا فإن للأفراد الحق في الاتفاق على موعد آخر يسري به التعويض القانوني (الفوائد) . ولكن لا يجوز لهم الاتفاق على سريان الفوائد من وقت نشوء الالتزام ، لأن مثل هذا الاتفاق يؤدي بنا إلى الخروج من دائرة كون هذه الفوائد تعويضا والدخول في دائرة الربا . بالإضافة إلى اتفاق الأطراف ، قد يحدد القانون أو العرف التجاري ميعادا آخر يسري بعده التعويض القانوني (الفوائد) .

ويبقى أن نشير إلى عدم وجود نص في قانون التجارة الكويتي مشابه لنص المادة ٢٢٣ مدني مصري والخاص باستثناء الحساب الجاري من النسب الواردة في المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ . وذلك أمر بديهي، إذ أن المشرع الكويتي لم يجز تقاضي فوائد إلا بالنسبة للمعاملات التجارية ، ومن بينها معاملات البنوك التي تشمل الحساب الجاري . وبذلك تكون هذه المعاملات قد نظمها المشرع الكويتي أصلا ولم ينظر إليها على أنها استثناء .

فيما عدا هذه الاختلافات التي رأيناها بين موقف كل من المشرع المصري في التقنين المدني وبين المشرع الكويتي في قانون التجارة نجد تشابها بينهما في باقي أحكام التعويض القانوني .

١ ـ فكلاهما يجيز للدائن الحصول على تعويض تكميلي كما يجيز للمحكمة تخفيض الفوائد أو ألا تقضى بها إطلاقا عن المدة التى تسبب فيها الدائن فى إطالة أمد النزاع بينه وبين المدين .

وإن كان القانون المدنى المصرى يشترط فى المادة ٢٣١ منه أن يكون الضرر الذى يجاوز الفوائد ويطالب الدائن بالتعويض التكميلى عنه قد تسبب فيه المدين بسوء نية وأن يكون الضرر استثنائيا ، بينما لم يتطلب ذلك المشرع الكويتى فى المادة ١١٤ من قانون التجارة . فقد جاء نصها كالتالى :

١ ـ يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذى يجاوز هذه الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم .

ومعنى ذلك أن الدائن يكتفى منه ـ طبقا لقانون التجارة الكويتى ـ بإثبات حجم الضرر الذى يجاوز نسبة الفوائد القانونية أو الاتفاقية ، ليحصل على التعويض التكميلى . بينما لا يكفيه ذلك الإثبات ـ طبقا للتقنين المدنى المصرى، وإنما عليه ـ فضلا عن ذلك ـ أن يثبت سوء نية المدين التى كانت وراء إصابته بضرر يزيد فى حجمه عن نسبة الفوائد . ومما لا شك فيه أن إقامة الدليل على غش المدين وخداعه أو ارتكابه لخطأ جسيم يعد دليلا واضحا على سوء نيته . ولعل موقف المشرع الكويتى هو الأدق قانونا ، إذ طالما الأمر يدور حول قواعد وأحكام التعويض والتى يعد أهمها إثبات الإصابة بالضرر ، فإن الدائن إذا أفلح فى هذا الإثبات استحق التعويض ، بصرف النظر عما إذا كان الضرر الزائد قد ترتب نتيجة سوء نية المدين أم لا . ودون الالتفات إلى نوع

الضرر ، بمعنى دون الحاجة إلى اشتراط أن يكون الضرر استثنائيا . فمجرد التحقق من توافر شروط التعويض وهى الخطأ - حتى ولو كان يسيرا- والضرر الذى يزيد على نسبة الفوائد ، استحقه الدائن .

إلا أن القانونين (المدنى المصرى - التجارى الكويتى) يتفقان فى اشتراط أن يكون الدائن قد تسبب بسوء نية وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع ، حتى يمكن للمحكمة أن تخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا تقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر.

ومعنى ذلك أنه لا يكتفى من المدين إثبات الخطأ العادى للدائن فى إطالة أمد النزاع ، بل يتعين منه - فضلا عن ذلك - إثبات سوء نيته فى ذلك . وقد جاء فى هذا المعنى حكم محكمة الاستئناف الكويتية - دائرة التمييز تقول فيه أن « النص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من قانون التجارة على أنه « أما إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع بسوء نية ، فللمحكمة أن تخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو ألا تقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال فيها النزاع بدون مبرر » يدل على أنه لا يكفى لإعمال الجزاء المنصوص عليه فى هذه الفقرة وقوع خطأ من الدائن فى مسلكه فى الدفاع فى الخصومة ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد . ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعا يحقق فى إثباته لا يدل على أنه كان سيىء النية، بل لابد من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدى ، وأن القصد منه إطالة أمد التقاضى بالمدين . ولما كان من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد على دفاع لم يقدم صاحبه الدليل عليه ، وكانت الطاعنة لم تبين وجه

الخطأ الذى شاب دفاع المطعون ضدها ، والذى اعتبرته مسببا فى إطالة أمد النزاع ، كما لم تقدم الدليل على سوء نيتها وتعمدها الإضرار بها ، فإنه لا على الحكم المطعون فيه إن التفت عن هذا الدفاع ولم يرد عليه ومن ثم يضحى النعى عليه بهذا الوجه على غير أساس[1] .

٢ - وكلاهما يحرم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجيز أن يزيد مجموع الفوائد عن رأس المال إلا فى الأحوال المنصوص عليها قانونا أو يجرى بها العرف التجارى[2] .

٣ ـ كلاهما لا يشترط لاستحقاق الفوائد أن يثبت الدائن ضررا لحقه من التأخير فى الوفاء بالدين . وهذا ما يؤدى إلى التساؤل عن طبيعة هذه الفائدة التى يستحقها الدائن من مدينه بسبب تأخره فى الوفاء بالدين . فكيف يستقيم النص فى المادة ١١٠ من قانون التجارة الكويتى على أن هذه الفوائد هى على سبيل التعويض ، ثم تأتى المادة ١١٢ ولا تشترط إثبات الضرر للحصول على هذه الفوائد ، وإنما كان المنطق القانونى وإعمال القواعد الواجبة ، يؤديان إلى استلزام وجود ضرر أصاب الدائن من جراء تأخر المدين فى الوفاء بالدين حتى يحصل على هذه الفوائد . ولذلك ، فإن المخرج الوحيد من هذا التناقض هو التفسير

---

[1] الطعن رقم ٨٩/١٤١ تجارى ١٩٨٩/١٢/٢٤ - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز - يونيو ١٩٩٦ القسم الثانى ـ المجلد الثالث ـ ص ٣٩٧ رقم ١٧٠ .

[2] وفى ذلك قضت محكمة الاستئناف الكويتية ـ دائرة التمييز ـ إن المشرع سواء فى قانون التجارة السابق أو الحالى ، قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى بتجميد الفوائد فى الحساب الجارى ، واقتضاء فوائد عنها أثناء قيام هذا الحساب ، وأن كل ما استحدثه القانون الحالى فى هذا الشأن أنه قنن هذا العرف . الطعن رقم ٨٦/١٤٧ تجارى جلسة ٨٧/٣/٢٥ ـ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة التمييز ـ المرجع السابق ـ ص٣٩٣ رقم ٦ .

الذى نراه لهذه المادة ــ وتقابلها المادة ٢٢٨ مدنى مصرى ــ والذى سنعرضه فيما بعد ، وخلاصته أن هذه المادة لا تعنى عدم اشتراط الضرر للحصول على الفوائد ، وإنما هى فقط تؤدى إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق الدائن لتلقى به على عاتق المدين .

ومما يجدر ملاحظته أيضا أن المادة ١/١٠٢ من قانون التجارة الكويتى نصت على أن « للدائن الحق فى اقتضاء فائدة فى القرض ، ما لم يتفق على غير ذلك » وبذلك يكون المشرع فى قانون التجارة قد أجاز تقاضى فوائد على القرض التجارى على عكس موقفه فى القانون المدنى إذ حرم ذلك كما رأينا .

ولذلك لا يجوز تقاضى فوائد على غير القروض التجارية . ويكون القرض تجاريا ـ طبقا للمادة ١٠١ من قانون التجارة ــ إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة فى أعمال تجارية ، فلا عبرة هنا بشخص المقترض، بل العبرة بتوجيهه القرض . أى بنيته فى استخدامه . فإذا وجه القرض واستخدمه فى القيام بأعمال تجارية أو المساهمة فيها ، كما لو قام بشراء بضائع لمحله التجارى أو استغل مبلغ القرض فى إنشاء شركة تجارية أو المساهمة فيها ـ كنا بصدد قرض تجارى تستحق عليه فوائد . وفى الغالب يكون مثل هذا الشخص تاجرا ـ أما إذا اقترض شخص مبلغا من آخر بغرض تجهيز ابنته أو ابنه للزواج ، أو بهدف شراء سيارة يستخدمها هو وعائلته ، أو بهدف شراء منزل يقطنه هو وأسرته فإن هذا القرض يكون مدنيا لا تجاريا ولا تستحق عليه فوائد حتى ولو كان الشخص المقترض ـ فى الأصل ـ تاجرا.

وقد ذهبت محكمة الاستئناف الكويتية إلى عكس ذلك فى أحد أحكامها عندما قررت « أن الطعن على الحكم المستأنف فى محله ذلك

أن المقرر بنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة الخامسة من قانون التجارة هو أن الأعمال المتعلقة بمعاملات البنوك وكذلك الأعمال المتعلقة بالحساب الجارى تعد أعمالا تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته . وإذ كان الثابت من عقد ٨٥/١٢/٧ أن البنك المستأنف قد منح المستأنف عليه تسهيلات مصرفية حصل بموجبها على قرض أدرج فى حسابه ، والذى تتوافر فيه خصائص الحساب الجارى حسبما يبين من حركة هذا الحساب فى الكشوف المقدمة من البنك والتى لم يعترض عليها بشىء » وبذلك تكون المعاملة سالفة البيان فيما بين البنك المستأنف وبين المستأنف عليه الخاصة بمنح هذا الأخير قرضا ، معاملة تجارية باعتبار أنها من المعاملات التى تجريها البنوك من جهة ـ إلى جانب إدراجها فى الحساب الجارى الخاص بالمستأنف عليه لدى البنك المستأنف من جهة ثانية ، ومن ثم فتستحق عنها الفائدة بمقتضى أحكام المادة ١٠٢ من قانون التجارة رقم ١٩٨٠/٦٨ بالسعر المبين بالعقد ، كما تستحق الفوائد على المدفوعات من الحساب الجارى المنوه عنه طبقا لما جاء فى البند الثالث من العقد ، والذى ينص على حق البنك فى استيفاء الفائدة على الأرصدة المدينة وتسجيلها كل ثلاثة أشهر » .

ويلاحظ أن المحكمة هنا قد اعتمدت تفسيرا خاصا لنص المادة الخامسة من قانون التجارة ، والتى تحدد الأعمال التى تعد تجارية بصرف النظر عما إذا كان القائم بها تاجرا أم غير تاجر وبدون الالتفات إلى نيته . أى سواء أكان قصده المضاربة ، وتحقيق الربح أم لا . وقد انتهت المحكمة إلى أن عقد القرض هنا يعتبر عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه (البنك والعميل)[1] .

---

[1] وفى الاتجاه ذاته قضت محكمة ــ التمييز فى ١٩٨٩/٥/٢٢ بأن « النص فى المادة الخامسة من قانون التجارة على أنه « تعد أعمالا تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور =

وقد قيل – بحق – فى نقد هذا الحكم « أن هذا التفسير لنص المادة الخامسة ليس دقيقا – فهو – من ناحية – لا يتفق مع ألفاظ النص وعباراته. فالنص يقرر « تعد أعمالا تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية ... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته » فالأعمال التى عددتها المادة الخامسة تعتبر أعمالا تجارية أيا كانت صفة من يقوم بها أو قصده، فقد رأى المشرع اعتبار بعض الأعمال – بقوة القانون – تجارية حتى

=الآتية ، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته ١،٢،٣،٤،٥ – الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات ، يدل على أن إصدار الشيك يعتبر عملا تجاريا بطبيعته فى جميع الأحوال سواء أكان الساحب والمستفيد تاجرين أم لا ، وبغض النظر عما إذا كان الشيك سحب بمناسبة عمل تجارى أو مدنى ولو كان قرضا حسنا . وبهذه المثابة ينحسر عن الشيك حظر استحقاق الفائدة الواردة بالمادة ٥٤٧ مدنى ، ولا ترد التفرقة المنصوص عليها فى المادة ١٠١ من قانون التجارة بين القرض المدنى والقرض التجارى ، تبعا لما إذا كان القصد صرف المبالغ المقترضة فى أعمال تجارية أم لا . وتختص الدائرة التجارية بالمحكمة الكلية فى نطاق توزيع العمل بين دوائرها بنظر النزاع الناشىء عن سحب الشيك .

الطعن رقم ٨٨/٣٢٠ تجارى جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢ – مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز – يونية ١٩٩٦ ، القسم الثانى – المجلد الثالث – ص ٣٩٦ رقم ١٤ .

وفى الواقع أن اعتبار الشيك بالنسبة لساحبه أو مصدره عملا تجاريا باستمرار بصرف النظر عما إذا كان الساحب تاجرا أم لا وبدون التعويل على نيته عند إصداره ، لا يعنى انطباق نفس الكلام على المستفيد من الشيك ، وإنما يظل هذا الأخير خاضعا للقاعدة الواردة بالمادتين ١٠١ ، ١٠٢ من قانون التجارة ويبقى محكوما بالتفرقة بين استخدام مبلغ الشيك فى أعمال مدنية ، وبين استخدامه فى القيام بأعمال تجارية . إذ يستحق الساحب (أى الدائن بمبلغ الشيك) الفوائد الواردة فى المواد ١١١ وما بعدها من قانون التجارة ، فى الحالة التى يوجه فيها المدين المبلغ إلى أعمال تجارية ، أما إذا استخدمه فى عمل مدنى فلا يستحق الدائن عليه ولا على التأخير فى الوفاء به أية فوائد . ويظل لاعتبار إصدار الشيك عملا تجاريا باستمرار بالنسبة لساحبه أهميته فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية الأخرى سواء تلك التى وردت فى قانون التجارة ، أم فى أى قانون آخر ومنها ما أشارت إليه المحكمة نفسها من اختصاص الدائرة التجارية بالمحكمة الكلية بنظر النزاع الناشىء عن الشيك .

ولو كان القائم بها لم يهدف إلى تحقيق الربح أو كان غير تاجر . ويلاحظ أن معظم العمليات التى أوردتها المادة الخامسة هى عمليات لا يقوم بها إلا البنك وحده ولا علاقة للعملاء بهذه العمليات[١] . وبذلك فإن التفسير السليم للمادة الخامسة هو اعتبار جميع ما ورد بها أعمالا تجارية بالنسبة للقائم . وهو هنا ـ ولا شك ـ البنك وليس العميل . ولذلك فهى بالنسبة له تأخذ الصفة التجارية حتى ولو لم يقصد من ورائها تحقيق ربح ، وبصرف النظر عن نيته أثناء القيام بها ـ أما العميل باعتباره متلقيا لهذه العمليات أو مستفيدا منها فإنه لا يعد القائم بها ، ولذلك يظل خاضعا للقاعدة العامة التى تعول على المقصد من استعمال القرض بالنسبة للمدين (وهو هنا العميل) . فإذا استخدمه فى أعمال مدنية عد القرض مدنيا ، أما إذا استعمله فى أغرض تجارية عد تجاريا .

ومن ناحية ثانية ، فإن القول باعتبار الأعمال الوارد فى المادة الخامسة (تجارة) أعمالا تجارية بالنسبة للطرفين معا سيقضى تقريبا على يسمى بالأعمال المختلطة التى وضعت المادة ١٢ تجارى أصلا لتنظيمها ، إذ أن المادة الخامسة تتضمن كافة صور التعامل المتصورة فى الحياة العملية »[٢].

والجدير بالذكر أن محكمة أول درجة قد رفضت طلب البنك بسداد الفوائد . على أساس أن المدعى عليه (المقترض) قد اقترض مبلغ الدين بغرض شراء أثاث وليس لغرض تجارى . كما أن المدعى عليه ليس

---

[١] د. محمد زهرة . تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الصادر فى جلسة ٤ ذو القعدة ١٤٠٧هـ ـ ٣٠ يونيو ١٩٨٧ استئناف رقم ١٩٨٧/٣٩٠ مجلة الحقوق . كلية الحقوق ـ جامعة الكويت س ١٢ ع ٢ سوال ١٤٠٨ ١٤٠٨هـ الموافق يونية ١٩٨٨ ص ١٢٩ .

[٢] د. طعمه الشمرى : المرجع السابق ص ٢٠١ .

تاجرا . ومن ثم يكون القرض مدنيا ، فلا يجوز تقاضى فوائد عليه إعمالا لحكم المادة ٥٤٧ من القانون المدنى ومفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٢ من قانون التجارة. وبذلك يتضح أن محكمة أول درجة قد طبقت المعيار السابق ذكره وهو أنه إذا كانت المبالغ المقترضة لم تصرف فى أعمال تجارية فإن القرض يكون غير تجارى ، ويمتنع احتساب فوائد عليه قانونية كانت أو اتفاقية ، أما إذا كان القصد من القرض صرفه على أعمال تجارية ، فإنه يكون تجاريا ويجوز للدائن اقتضاء فوائد إعمالا لنص المادة ١٠٢ من قانون التجارة .

وقد انتقد هذا الحكم[١] على أساس إنه كان يجب النظر إلى القرض هنا على أنه عمل مختلط ليس تجاريا محضا ولا مدنيا محضا وبالتالى كان يجب على المحكمة أن تطبق المادة ١٢ من قانون التجارة الذى يحكم واقعة النزاع الذى ينص على أن « إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لأحد العاقدين دون الآخر سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة عن هذا العقد ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

وفى ردنا على هذا النقد نقول :

أولا : أن المحكمة هنا قد طبقت المعيار المشار إليه فى المادتين ١٠١ ، ١٠٢ بالنظر إلى المدين وبصرف النظر عن صفة الطرف الثانى (وهو الدائن) ، فاعتبرت القرض بالنسبة له مدنيا لأنه استغل مبلغه فى شراء أثاث . ويستوى فى ذلك ما إذا كان الطرف الآخر مدنيا مثل المدين أو تاجرا ، إذ لن يغير فى الأمر شيئا أن نكون بصدد عمل مدنى بالنسبة للمدين وتجارى بالنسبة للدائن (أى عمل مختلط) . ولا يوجد مانع –

---

[١] د. محمد زهرة – المرجع السابق – ص ١٢٩

أمام المحكمة ـ من استخدام الاستنتاج بمفهوم المخالفة إذ أنه وسيلة من وسائل استنباط الحكم من النص السليم ، أشار إليها الفقه الإسلامى قبل الفقه الوضعى .

ثانيا : الإشارة إلى نص المادة ١٢ من قانون التجارة هنا لن يؤثر فى صحة حكم المحكمة - لأن هذه المادة تقضى بتطبيق أحكام قانون التجارة على التزامات الطرفين إذا كان العقد بالنسبة لأحدهما تجاريا » ومن بين هذه الأحكام تلك الواردة فى المادة ١٠٢ فهذه المادة تطبق على مثل هذا العقد مع باقى أحكام قانون التجارة الأخرى والتى كانت المقصودة ـ فى اعتقادى ـ بالدرجة الأولى من هذه الإحالة . وعلى ذلك لا يوجد تعارض بين المادة ١٢ من قانون التجارة والمادة ١٠٢ ، منه باعتبار أن الأولى هى قاعدة إسناد أو إحالة تنص على أن القانون التجارى هو القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة ، بينما المواد ١٠١ وما بعدها هى الأحكام الموضوعية الواجبة التطبيق فى مسألة الفوائد ، وهى لا تجيز للدائن تقاضى فوائد إلا إذا كان القرض تجاريا بالنسبة للمدين وليس للدائن .

ثالثا : لقد توصل أنصار الانتقاد إلى ذات النتيجة بالقول أنه « ونظرا لأن المادة ١٢ لا تتضمن قاعدة موضوعية وتكتفى بإحالة القاضى إلى أحكام قانون التجارة ، وجب البحث عن حل فى نصوص قانون التجارة وهو هنا نص المادة ١٠٢ منه باعتباره النص الواجب التطبيق على النزاع المعروض». فقد توصل الحكم . إلى ذات النتيجة بدون أن يدور فى حلقات مفرغة ، فقد طبق مباشرة المادة ١٠٢ تجارة بدون اللجوء إلى المادة ١٢ باعتبارها تحيل إلى الأحكام الموضوعية الواردة فى المادة التى طبقها .

وفى المقابل ، فقد أصدرت المحكمة الكلية أحكاما عديدة انتهت فيها إلى تطبيق القاعدة الواردة فى المواد ١٠١ وما بعدها من قانون التجارة وذلك بالبحث عن الغرض من الحصول على القرض[١] .

بل إن محكمة الاستئناف نفسها قد أصدرت حكما قالت فيه أن (من المقرر قانونا أن القانون المدنى حرم تقاضى فوائد على القرض المدنى ، وجعل باطلا كل شرط يقضى بخلافه على ما قررته المادتان ١/٣٠٥ ، ١/٥٤٧ مدنى) وأوجب على المقترض رد المثل عند حلول الأجل . وكان الظاهر من أوراق الدعوى أن المدين موظف فى وزارة الكهرباء ، وأن الدفعات التى كان يوردها للبنك من رواتبه ، كما أن ضآلة المبلغ المتفق على اقتراضه وقبضه على دفعات أغلبها بسيطة وبتواريخ مختلفة، وكان من المقرر قانونا أن يكون القرض تجاريا إذا كان القصد

---

[١] من ذلك حكمها رقم ١٩٩٨/٤٨٢م جلسة ٦ صفر ١٤٠٩هـ الموافق ١٩٨٨/٩/١٧ وقالت فيه « وحيث أن البين من العقد السالف الذكر أن البنك منح المدعى عليه قرضا بمبلغ ١٢٠٠ دينار قد وضعه بحسابه لديه ، ومقابل التزام الأخير أن يؤدى المبلغ خلال الفترتين ٨٦/٧/٢٩ وحتى ٨٨/١/٢٣م مع فوائد مستحقة بواقع ٥ر٧٪ سنويا .
ولما كانت المدة قد انتهت ولم يدفع المدعى عليه المبلغ حسبما هو ثابت من الكشوف المشار إليها ، ولم يمثل لإبداء دفاعه ، فيكون العقد المذكور حجة عليه عملا بالمادة ١٣ من قانون الإثبات . ويتعين القضاء بإلزامه أن يدفع للبنك المدعى مبلغ ١٢٠٠ دينارا قيمة القرض المذكور . وحيث أنه بالنسبة لطلب الفائدة فإن المادة ١٠١ من قانون التجارة تنص على أن يكون القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترحة فى أعمال تجارية ، كما نص فى المادة ١٠٢ منه على أن للدائن الحق فى اقتضاء فائدة فى القرض التجارى ، ومعنى ذلك : أنه إذا كان القرض غير تجارى والمبالغ المقترضة لاتصرف فى أعمال تجارية . فإن الفائدة سواء أكانت اتفاقية أم قانونية تكون غير جائزة، وتعتبر باطلة . وهذا ما قضت به فعلا المادة ٣٠٥ من القانون المدنى . وما قضت به المادة ١/٥٤٧ من القانون المذكور . ولما كان ذلك ما تقدم ، وقد ثبت من العقد السالف الذكر أن الغرض من القرض الذى قدمه البنك المدعى إلى المدعى عليه كان بغرض الزواج ، وهو لا شك من الأغراض المدنية التى حرم المشرع تقاضى فائدة عنها . وعليه ، فإن الفائدة الواردة فى عقد القرض المذكور تكون باطلة » .

منه صرف المبالغ المقترضة فى أعمال تجارية أو أنه يجب أن يظهر القصد التجارى فى الأوراق، وكانت المحكمة حسب صلاحيتها تستشف من أوراق الدعوى والأدلة الواردة ، وبما يكفى بتكوين عقيدتها فى مدنية القرض محل النزاع مما تكون معه المطالبة بالفائدة التأخيرية مخالفة للقانون وتستوجب الرفض[١] .

وقد حددت المادة ١٠٢ من قانون التجارة فى فقرتها الثانية نسبة الفائدة بـ ٧٪ ، إلا إذا وجد اتفاق على سعر فائدة غير هذه النسبة سواء بالزيادة أو النقصان ، فإن هذا الاتفاق صحيح وسليم بشرط عدم تجاوز السقف الأعلى لأسعار الفائدة المعلن من قبل البنك المركزى[٢] .

والجدير بالذكر أن المادة ٥٠ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد نصت على أن « تعتبر تجارية ، القروض التى يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله التجارية ... » وبذلك يكون المشرع

---

(١) أشار إلى هذا الحكم وعلق عليه الدكتور فريد العرينى – فى مجلة المحامى الكويتية – السنة ١١ عدد يوليو وأغسطس وسبتمبر سنة ١٩٨٨ ، راجع فى ذلك المعنى : تجارى جزئى مستأنف قضية رقم ٨٨/٥٢٧ حكم غير منشور صادر فى ١٩٩٨/١٢/٤ .

(٢) ويلاحظ أن القضاء بفوائد تزيد عن الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية التى يقررها البنك المركزى ، يعد مخالفة لنص قانونى وهو نص آمر متعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته . وفى ذلك قالت محكمة الاستئناف الكويتية – دائرة التمييز – أنه « يبين من مدونات الحكم الابتدائى أنه بعد أن قرر فى خصوص سعر الفوائد التأخيرية التى يحق للمطعون ضدها اقتضاءها أنه « ومن ثم فإن للمدعية المطعون ضدها احتسابها قانونا وفى حدود ٧٪ طبقا للمادة ١١٠ من قانون التجارة » إذ به يقضى بالفوائد على حسب ما جاء بتقرير الخبير بنسب ٧٪ و١٠٪ و١٢٪ وهى تجاوز الحد المسموح به قانونا لنص الفقرة الأولى من المادة ١١١ من قانون التجارة ... وهو نص أمر متعلق بالنظام العام لا تجوز مخالفته . وإذ أيد الحكم المطعون فيه هذا القضاء فإنه بدوره يكون معيبا... الطعن رقم ٨٥/٢١٥ تجارى جلسة ١٩٨٦/٥/١٤ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة التمييز – المرجع السابق – ص ٣٩٢ .

المصرى قد اتخذ معيارا لتجارية القرض مختلفا عن ذلك الذى اتخذه المشرع التجارى الكويتى ، فالعبرة فى القانون المصرى هى بالشخص الذى يبرم القرض وأيضا بالغرض المراد تحقيقه من القرض ، وبتعبير آخر ، يشترط لاعتبار القرض تجاريا أن يكون الشخص الذى أبرم العقد تاجرا وفقا للمفهوم الذى حدده القانون ذاته فى الفصل الثانى من الباب الأول منه .

وأن يتعلق القرض بأعمال التاجر التجارية وفقا أيضا لمفهوم الأعمال التجارية الذى حدده المشرع فى الفصل الأول من الباب الأول منه . ومعنى ذلك ، أنه لو اقترض تاجر قرضا خصصه لأعمال مدنية كزواج أو شراء سيارة لاستعماله الشخصى أو أسرته ، لم يكن القرض تجاريا . أما إذا وجه القرض لأعمال متعلقة بشئون تجارية كان القرض تجاريا . كما يتعين أن يوجه القرض لأعمال تتعلق بتجارته هو ، لا بأعمال تجارية تخص شخصا آخر ولو كان ذا قربى منه . فالشرط هو أن يتم استخدام القرض فى شئون المقترض التجارية . وبذلك يختلف القانون المصرى عن الكويتى فى شق ويتفق معه فى آخر ، إذ يختلف معه فى صفة المقترض فبينما يتطلب القانون المصرى أن يكون المقترض تاجرا حتى يعتبر القرض تجاريا ، لا يشترط ذلك القانون الكويتى كما رأينا . ويتفق القانونان فى ضرورة تخصيص القرض لأعمال تجارية . وهذا هو الشرط الوحيد لتجارية القرض فى قانون التجارة الكويتى والشرط الثانى فى قانون التجارة المصرى .

يلاحظ أنه إذا اقتضت معاملات التاجر صرف مبالغ لحساب العملاء ، مثال ذلك الوكيل التجارى عندما يقوم بدفع مبالغ لحساب

الموكل فى تنفيذ الوكالة ، وكذلك السمسار إذا تكبد مبالغ لحساب من كلفه بالبحث عن متعاقد ، ففى مثل هذه الأحوال يجوز للتاجر أن يطالب العميل بعائد عن هذه المبالغ على أساس أنها قرض تجارى وفقا للمادة ١/٥٠ . وطبقا للفقرة الثانية من هذه المادة يستحق عنه عائد . وقد حدد المشرع الوقت الذى يبدأ منه احتساب العائد بيوم الصرف ، إذ يستحق العائد اعتبارا من اليوم الذى تم فيه صرف المبلغ ما لم يتفق على غير ذلك . وإجازة المشرع التجارى استحقاق التاجر للعائد على ما يقوم به لحساب العملاء يجد أساسه القانونى فى المادة ٤٩ من القانون التى نصت على افتراض وجود المقابل لما يقوم به التاجر لحساب الغير من أعمال أو ما يقدم من خدمات تدخل فى نشاطه التجارى[1] . وأشارت الفقرة الثالثة من المادة ٥٠ من القانون إلى أن العائد المستحق يحسب وفقا للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى ، وبذلك تكون هذه الفقرة قد استبعدت تطبيق الأسعار الواردة فى القانون المدنى وبخاصة نسبة ٧٪ التى نصت عليها المادة ٢٢٧ مدنى . ويتساءل البعض عن الوقت الذى يعتد فيه بالسعر المعلن من البنك المركزى ؟ هل هو السعر وقت الصرف أم السعر السائد وقت الأداء[2]؟ ونعتقد فى أن هذا التساؤل قليل الأهمية لأن المشرع لم يعتد إلا بوقت واحد وهو وقت الصرف واعتبر أن جميع المبالغ التى يقوم بصرفها التاجر لحساب عملائه مستحقة الأداء وقت صرفها . وبذلك يستحق عنها العائد فى ذلك الوقت، وعلى هذا ،

---

(١) د. رضا عبيد . النظرية العامة للالتزامات التجارية ــ بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين المنعقد فى الفترة من ١ــ٢٠٠٠/٦/٢ بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع بعنوان « المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد .

(٢) د. رضا عبيد ـ المرجع السابق ــ ص ٣٢ .

يعتد بالسعر المعلن عن البنك المركزى وقت الصرف اللهم إلا إذا اتفق على تأجيل الأداء إلى تاريخ لاحق على الصرف فهنا يحتسب العائد على أساس السعر المعلن من البنك المركزى فى هذا التاريخ وليس التاريخ ما الذى تم فيه الصرف . وإذا تجاوزت مدة التأجيل سنة احتسب العائد على أساس السعر المعلن من البنك المركزى فى اليوم الأخير من هذه السنة ، إذ يعد هذا اليوم هو تاريخ الاستحقاق .

ونشير إلى أن المادتين ١١٠ ، ١١٣ من قانون التجارة كانتا محلا للطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية بالكويت فى الجلسة المنعقدة بتاريخ ٤ جمادى الآخر ١٤٠٣هـ الموافق ١٩٩٢/١١/٢٨ . وذلك فى الطعن المحال من الدائرة التجارية ٣٥ من المحكمة الكلية . فقالت المحكمة ما يلى :

« وحيث أنه عن الدعوى الدستورية ، فلما كانت الرقابة على دستورية القوانين المنوطة بالمحكمة الدستورية تستهدف أصلا صون الدستور ، تأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه ، وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ، فإنه يتعين عند الفصل فيما يثار حول التشريع المطعون عليه من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية ، بتعين استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها ، ذلك للتعرف على مدى مخالفة ذلك التشريع لها ، وكان النص فى المادة الثانية من الدستور جرى على أن « دين الدولة الإسلام ، والشريعة الإسلامية ـ بمعنى الفقه الإسلامى مصدر للتشريع . وفى وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر

أخرى ، فى أمور لم يضع الفقه الإسلامى حكما لها أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام فى شأنها تمشيا مع ضرورات التطور الطبيعى على مر الزمن ، بل إن فى النص ما يسمح مثلا بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود فى الشريعة الإسلامية ، وكل ذلك كان ليستقيم لو قيل « والشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع » إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ من مصدر آخر فى أى أمر واجهته الشريعة بحكم ، مما يوقع المشرع فى حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهيل فى التزام رأى الفقه الشرعى فى بعض الأمور ، وخاصة فى مثل نظم الشركات والتأمين والبنوك والقروض والحدود وما إليها ، كما يلاحظ بهذا الخصوص أن النص الوارد بالدستور وقد قرر أن « الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع » إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك ، ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة ، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلا أو آجلا بالأحكام الشرعية كاملة وفى كل الأمور إذا رأى المشرع ذلك .

ويدل على أن خطاب المشرع الدستورى فى المادة الثانية سالفة الذكر ، وفى ضوء تفسيرها الدستورى ، هو توجيه سياسى للمشرع للأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك ، باعتبارها مصدرا موضوعيا نستلهم منه القواعد القانونية التى يضعها فيما يعرض له من أمور ، وهى ، بعد ، ليست مصدرا رسميا للقانون وإلا لنص على ذلك ، كما أن نص المادة سالفة الذكر بحسب الصياغة التى وردت بها « مصدر رئيسى » دون النص على أنها « المصدر الرئيسى » يفيد أنها تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا بين المصادر الأخرى للتشريع دون أن تكون مصدره الوحيد ... » .

ومن ثم فليس من شأن النص الدستورى أن يلزم المشرع العادى بأن يقتصر فيما يستقيه من قواعد التشريع على الشريعة الإسلامية وحدها، بما لايكون هناك ثمة ما يمنعه من استمداد تلك القواعد من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية يراها ملائمة بمقتضى الحال ، دون أن يقع بذلك فى موقع المخالفة الدستورية ، ويغدو القاضى – من ثم – ملتزما بتطبيقها .

وترتيبا على ما تقدم ، فإنه لما كان مبنى الطعن هو مخالفة المادتين (١١٠،١١٣) من قانون التجارة للمادة الثانية من الدستور ، تأسيسا على أن حكم هاتين المادتين يخالف الشريعة الإسلامية التى جعلتها المادة الثانية من الدستور مصدرا رئيسيا للتشريع ، وإذ كان نص المادة الثانية المذكورة – وعلى ما سلف بيانه – لا يمنع من أخذ قواعد التشريع من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فإن النعى عليها بتعارض حكمها مع الفقه الإسلامى – وأيا كان وجه الرأى فيه من الناحية الفقهية الإسلامية – يكون غير مقبول مما يتعين معه الحكم بعدم قبول المنازعة الدستورية المطروحة ... »[1]. وسوف نتناول هذا

---

(1) وقد جاء فى نفس المعنى – تقريبا – حكم المحكمة التمييز الكويتية إذ قالت « أن المادة الثانية من الدستور على أن « دين الدولة الإسلام ، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع» والنص فى المذكرة التفسيرية لهذا النص على أنه « لم تقف هذه المادة عند حد النص على أن « دين الدولة الإسلام » ، بل نصت كذلك على أن « الشريعة الإسلامية – بمعنى الفقه الإسلامى – مصدر رئيسى للتشريع » وفى وضع النص بهذه الصيغة – توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية ، دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يضع الفقه الإسلامى حكما لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام بشأنها تمشيا مع ضرورات التطور الطبيعى على مر الزمن ، بل إن فى النص ما يسمح مثلا بالأخذ بالقوانين الجزئية الحديثة مع وجود الحدود فى الشريعة الإسلامية ، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل « الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى

الحكم ونوضح موقفنا منه فى المبحث الثالث ، عند المقارنة بين موقف المحكمة الدستورية فى كل من مصر والكويت من مسألة الطعن على المواد المتعلقة بالتعويض القانونى (الفوائد) .

للتشريع » إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر فى أى أمر واجبته الشريعة بحكم ، مما قد يوقع المشرع فى حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهل فى التزام رأى الفقه الشرعى فى بعض الأمور وبخاصة فى مثل نظم الشركات والتأمين والبنوك والقروض والحدود وما إليها . كما يلاحظ بهذا الخصوص أن النص الوارد بالدستور وقد قرر أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك ، ويدعوه إلى هذا المنهج دعوة صريحة واضحة ، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلا أو آجلا بالأحكام الشرعية كاملة وفى كل الأمور إذا رأى المشرع ذلك ، مما يدل على أن الدستور بما نص عليه فى المادة الثانية قد وجه المشرع وجهة إسلامية بالأخذ بالشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك ، إلا أنه لم يجعلها مصدرا وحيدا للتشريع . وترتيبا على ذلك ، فإنه إذا ما وضع المشرع نصا تشريعيا استقاه من مصدر آخر فإن القاضى يلتزم بتطبيقه ، ولا يقبل النعى أمامه بأن ذلك النص التشريعى يتضمن مخالفة لحكم منصوص عليه فى الفقه الإسلامى ، ويخالف بالتالى حكم المادة الثانية من الدستور :

الطعن ٨٥/١٤ تجارى جلسة ١٩٨٦/٣/١٩ — مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز فى المواد التجارية والمدنية — القسم الثانى — المجلد الثالث يونية ١٩٩٦ ص٣٩١ .

المبحث الثالث

المقارنة بين موقف المحكمة الدستورية
فى كل من مصر والكويت بشأن (الفوائد)

وبإجراء مقارنة بسيطة بين موقف المحكمة الدستورية فى كل من مصر والكويت . يتضح اتفاقهما فى أمر واختلافهما فى آخر .

فهما تتفقان فى النتيجة التى توصلتا إليها بشأن الطعن بعدم دستورية المادة ٢٢٦ مدنى وما بعدها مصرى ، والمادة ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة الكويتى . فقد انتهت كل منهما إلى أن هذه المواد لا شبهة فيها وأنها دستورية ، وبالتالى فقد رفضت الطعن عليها بعدم الدستورية .

ولكنَّ المحكمتين تختلفان بشأن تسبيب رفض الطعن وتبرير القول بدستورية هذه المواد . فقد سلكت كل محكمة فى ذلك مسلكا مغايرا للأخرى .

فأما المحكمة الدستورية العليا فى مصر فقد تمسكت بقاعدة التدرج الزمنى للتشريعات وانتهت إلى أن التعديل قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع فى شأن المصادر التى يستقى منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة ».

وقالت المحكمة فى ذلك « أن سلطة التشريع اعتبارا من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ – أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة

لتشريعات سابقة على هذا التاريخ بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادىء الشريعة الإسلامية ، وبحيث لا تخرج ـ فى الوقت ذاته ـ عن الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية ، فهى التى يتحدد بها ــ مع ذلك القيد المستحدث ـ النطاق الذى تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات . لما كان ذلك ، وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الإلزام ، بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الإعمال ، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد ، وهو مناط الرقابة الدستورية .

وقالت فى موضع آخر من الحكم أن « المشرع الدستورى لو أراد جعل مبادىء الشريعة الإسلامية من بين القواعد المدرجة فى الدستور على وجه التحديد ، أو قصد أن يجرى إعمال تلك المبادىء بواسطة المحاكم التى تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة إلى إفراغها فى نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التى عينها الدستور ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة» .

وتقول فى موضع ثالث من الحكم أن « وحيث أن إعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها ـ على ما تقدم بيانه ــ وإن كان مؤداه

إلزام المشرع باتخاذ مبادىء الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الإلزام ، مما يترتب عليه من اعتباره مخالفا للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد ، إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا يعنى الإبقاء على التشريعات السابقة رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ، وإنما يلقى على عاتقه من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادىء سالفة الذكر ، تحقيقا للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة فى وجوب اتفاقها جميعا مع هذه المبادىء وعدم الخروج عليها ... »[1] .

وفى ردنا على كلام المحكمة نقول ، أن من النادر أن نجد أحكاما تفصيلية فى الدستور بشأن مسألة من المسائل ، وإنما الغالب أن تأتى نصوصه بقواعد عامة مجملة يترك تحديدها وتفصيلها للمشرع العادى ، ولذلك لم يكن المشرع الدستورى بحاجة إلا إلى النص على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، تاركا الأمر بعد ذلك لمن بيده سلطة التشريع إذ عليه وضع هذا المبدأ العام والقاعدة المجملة موضع التنفيذ والإعمال من خلال صياغة التشريعات على نحو يجىء متفقا مع هذا المبدأ . وتلك القاعدة .

ثم أننا نتساءل عن العمل أو رد الفعل الذى يجب اتخاذه إزاء عدم تنفيذ المشرع العادى لالتزامه بتنقية التشريعات القائمة والسابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور ؟ إذ ما هو إطار المسئولية السياسية التى تقع على المشرع جراء التقاعس فى تنفيذ هذا الالتزام ؟ والذى حدث فعلا

[1] أنظر كامل الحكم فى مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة الدستورية العليا ـ الجزء الثالث ص ٢٠٩ .

هو مرور هذا الزمن الطويل علـى التعديل ولـم يحـرك المشـرع العـادى ساكنا ، ولم تمتد يده بالتعديل إلى التشريعات القائمة ، والتى لا يقوم أدنى شك فى معارضتها لمبادىء الفقه الإسلامى . ألم تكن الفرصة سانحة أمام المحكمة الدستورية العليا لتمارس رقابتها القضائية على هـذه التشـريعات - لتنبه المشرع العادى - فـى نفس الوقت- إلـى ضـرورة تنفيذ التزامـه بتعديل التشريعات القائمة ، إذا هى قضت - بعـد البحث الموضوعـى - برأيها فى مدى اتفاق المواد محل الطعن - ٢٢٦ مدنى وما بعدها - مـع الفقه الإسلامى وبالتالى مع الدستور أم لا .

ونضيـف فـى هـذا الشـأن بـأن القـول بقصـر إعمـال التعديـل علـى التشريعات اللاحقة دون السابقة عليه قد يؤدى إلى نتيجة فى غاية الغرابة وعدم المنطقية ، فلو فرضنا - مثلا - صدور تشريع بعد ١٩٨١ لتنظيم مسألة من المسائل وقرر فى نص منه حق الدائن فى الحصول على نسبة فوائد لا تزيد عن ٣٪ بدون اشتراط إصابته بضرر ، فإذا طعن على هذا النص بعدم الدستورية لتقريره فوائد تتعارض مع كون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، فإن النتيجة المتوقعة هى إلغاء هذا النص مـن قبل المحكمـة الدستورية ، لكونـه صـادرا بعد تعديل المـادة الثانيـة مـن الدستور . وبذلك يكون النص الذى قرر نسبة فوائد أقل غـير دسـتورى ، بينما يكون النص الذى يقرر نسبة أعلى دستوريا . وفى ذلك من التناقض ما فيه .

ومن الاطلاع علـى الحكـم يتضـح أن المحكمـة لـم تتنـاول بـالبحث الموضوعى المادة ٢٢٦ مدنى وما بعدها ، لترى ما إذا كانت مخالفة فعلا للدسـتور بمخالفتـها للشـريعة الإسـلامية التـى جعلـها المصـدر الرئيسـى

للتشريع أم لا . فهى لم تكلف نفسها عناء ومشقة التعرض لشبهة الربا التى تحوم حول هذه النصوص ، وليتها فعلت ، بل اكتفت بالخروج من المأزق بإثارة مسألة شكلية ألا وهى أن التعديل الدستورى الصادر سنة ١٩٨٠ لاحق على هذه النصوص وغيرها من التقنين المدنى المعمول به من سنة ١٩٤٨ . ولو أنها انتهجت مسلكا آخر لكان أفضل لها ، وذلك من خلال تطبيق قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق المتعارض معه ، « طالما تساوى الاثنان فى قوتهما الإلزامية ، واتفقا فى طبيعة ونوع القواعد الواردة بهما . ونحن فى هذه المسألة لسنا أمام تشريعين متساويين فى القوة ، ومتحدين فى طبيعة قواعدهما ، بل نحن أمام تشريع أعلى لأنه صادر من أعلى سلطة تشريعية فى البلاد ألا وهو المشرع الدستورى . فكان من اللازم إعمال التعديل وانسحابه على كافة التشريعات المخالفة له ولو كانت سابقة عليه .

وقد طبقت المحكمة هذه القاعدة فى العديد من أحكامها السابقة على ذلك، بل واللاحقة أيضا . فقد سبق أن عرض على المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ١ لسنة ٥ ق الطعن بعدم دستورية نص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ . وبجلسة ٢٩ من يوليو سنة ١٩٧٤ أصدرت المحكمة حكمها بالقول ، أن هذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ويأخذ بالرأى المتفق عليه من بين أئمة المسلمين الذى يستند إلى « أدلة من السنة والاجماع » وانتهت المحكمة إلى أن المشرع إنما قنن فى النص المطعون فيه - حكما من الأحكام المتفق عليها فى الشريعة الإسلامية وأن الدستور حرص على النص فى مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع ... ويتأكد من ذلك أن المحكمة العليا قد أعملت

المادة الثانية من الدستور ، حتى قبل تعديلها ، وذلك فى مجال رقابتها القضائية على دستورية التشريعات السابقة على صدور الدستور القائم — وقد أصدرت المحكمة العديد من الأحكام سيرا فى ذات الاتجاه ، دون أن تفرق بين ما إذا كانت التشريعات المتعارضة مع الدستور صادرة قبل صدوره أو بعده . ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ٢ لسنة ١١ ق بجلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١ من عدم دستورية القرار بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ . فيما تضمنته من اعتبار القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستيداع ، أو فصلهم بغير الطريق التأديبى من أعمال السيادة. وذلك لتعارضه مع حكم المادة ٦٨ من الدستور فيما تقرره من أن التقاضى حق مصون ومكفول .

بالإضافة إلى ذلك ، فإنه إذا كان الأصل العام هو سريان التشريعات من حيث الزمان على كل الوقائع والتصرفات التى تحدث أو تتم بعد العمل بها فقط، طبقا لمبدأ عدم رجعية القوانين ، مما يعنى عدم إعمال التشريعات الجديدة على كل ما تم قبل صدورها . وهو ما يعبر عنه بمبدأ الإعمال (الأثر) الفورى للتشريع ، فإن الفقه جميعا سواء أكان من أنصار النظرية التقليدية (نظرية عدم الرجعية) أم من أنصار النظرية الحديثة (نظرية الأثر الفورى للتشريعات) [1] قد اتفق على

---

[1] أنظر فى عرض هذه المسألة :

د. حسن كيره - أصول القانون - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ ، ص ٣٦٦ .

د. نزيه المهدى - المدخل لدراسة القانون - نظرية القانون - دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٢٤٩ .

د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية سنة ١٩٨١ ، ص ٣٤٩ رقم ٣٠٩ .

وجود استثناء هام يرد علـى ذلـك ، بمـؤداه ينطبـق التشـريع الجديـد بـأثر فورى على آثار تصرفات تمت فى ظل التشـريع القديـم ، وذلـك إذا كـان التشريع الجديد يتعلق بالنظام العام بتنظيمه أمـرا يخـص الصـالح العـام ، وهو ما يعبر عنه « بالنظام القانونى » . ومعنى سريان التشـريع الجديد بأثر رجعى ليحكم آثار وقائع تمت فى ظل القديم أنه يلغى هذا الأخير فيما يتعلق بهذه الآثـار أو منـذ سريانه . ومـا مـن شـك فـى أن المسـألة التـى نظمتها المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها هى من صميم النظام العام ، بـل هـى العمـود الفقـرى للنظـام القـانونى بأكملـه ، بمـا يتطلبـه ذلـك مـن ضرورة إعمالها بأثر فورى على آثار الوقـائع والتصرفـات التـى حدثـت قبله ، حتى ولو كانت هذه التصرفات صادرة عن السلطة التشـريعية فـى شكل تشريعات . فإذا جمعنا بين هذه القاعدة وتلك التى سـبقتها والمتعلقـة « بأن التشريع اللاحق ينسخ السابق المتعارض معه » ، إذا كان من نفس قوتـه أو أعلـى منـه ، فـإن النتيجـة المترتبـة هـى زوال كافـة التشـريعات المتعارضة مع الفقه الإسلامى منذ إعمال تعديل المادة الثانية من الدستور ومن هنا كان يستحسن أن تتجه المحكمة إلى البحث موضوعيا فى موقف الفقه الإسلامى من مسألة الفوائد الواردة بـهذه المـواد ، ثـم تحـدد موقفـها منـها علـى ضـوء نتيجـة هذا البحـث .فضـلا عن ذلـك ، فقد ذكرنـا أن المحكمة الدستورية كان فى إمكانها الاستناد إلـى الضـرورات العمليـة ــ والتى كثيرا ما استندت وتستند إليها المحكمة فـى العديـد مـن أحكامـها ــ للوصول إلى عدم دستورية المادة ٢٢٦ مدنـى ومـا بعدهـا وبإثـارة فكـرة الشعور العـام الـذى يكتنـف الأفـراد لا فـى مصـر وحدهـا بـل فـى العـالم العربى جميعه بشأن كراهية الربا أو شبهته والنفور منه .

ونشير فى هذا الصدد إلى أنـه ليس هنـاك مجـال للتفرقـة ــ بشـأن رقابة المحكمة الدسـتورية العليـا علـى التشـريعات السـابقة علـى صـدور

الدستور أو التعديل - بين النصوص الموضوعية والنصوص التوجيهية ، أى تلك التى تحتاج إلى تدخل من المشرع لتفصيل إجمالها . لأن من شأن إعمال هذه التفرقة « أن تكون القيود الواردة فى الدستور مرهونة فى تطبيقها لتحديد المشرع العادى وهذا أمر لا يستقيم لا على صعيد الواقع ولا القانون . فمن المعلوم أن للقاعدة الدستورية قوتها الإلزامية والتى بمقتضاها تعلو على ما سواها من القواعد القانونية ، وهذه القوة الإلزامية يستحيل معها أن يكون محتوى القيود الواردة فى الدستور رهنا بتحديد المشرع العادى[1] .

ونشير فى النهاية إلى أن ما انتهت إليه المحكمة فى شأن المادة ٢٢٦ وما بعدها مدنى لن يقفل أبواب الطعن فى المواد نفسها من جديد ، أخذا بالاتجاه الفقهى الذى يرى نسبية أثر الحكم القاضى بدستورية القانون المطعون فيه خلافا للحكم الصادر بعدم الدستورية[2] ، فضلا عن أن الحكم الصادر لم يقض فى الدعوى من الناحية الموضوعية بالدستورية أو عدم الدستورية وإنما قد انتهى إلى رفضه الدعوى تمسكا بالنطاق الزمنى للتشريعات وقد قضت ذات المحكمة فى ذلك بالقول « إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الفصل فيما يدعى به أمامها من تعارض بين نص تشريعى وقاعدة موضوعية فى الدستور ، سواء بتقرير قيام

---

(١) د. عادل شريف - القضاء الدستورى فى مصر ١٩٨٨ ص ٢٦٠ والجدير بالذكر أن هذا المؤلف قد دفع عن موقف المحكمة الدستورية العليا موضع آخر من بحثه مستندا فى ذلك إلى ذات الأسباب التى أوردتها المحكمة فى حكمها محل النقد .

(٢) وإن كان البعض يعترض على ذلك ذاهبا إلى أن هذا القول لا يستقيم مع ما استقر عليه القضاء الدستورى من أن الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية له حجية مطلقة سواء صدر بالدستورية أم بعدم الدستورية ، وبالتالى فإن فى هذا القول خلطا بين حجية الحكم الصادر برفض دعوى الإلغاء وحجية الحكم برفض الدعوى الدستورية . د. عادل شريف - القضاء الدستورى فى مصر ١٩٨٨ ص ١٢٧٧ .

المخالفة المدعى بها أو بنفيها ، إنما يعد قضاء فى موضوعها منطويا لزوما على استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور ، ومانعا من العودة إلى بحثها . ذلك أن العيوب الشكلية ــ بالنظر إلى طبيعتها ــ لا يتصور إن يكون بحثها تاليا للخوض فى المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها ..

ثم قالت « والأمر على نقيض ذلك حين يكون الطعن منحصرا فى المطاعن الشكلية ، إذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقا بها وحدها ، ولا يعتبر حكمها لرفض هذه المطاعن مطهرا للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية ، أو مانعا كل ذى مصلحة من طرحها على المحكمة وفقا لقانونها[1] .

أما المحكمة الدستورية فى الكويت فقد اعتمدت على الألفاظ التى وردت بها المادة الثانية من الدستور ، والتى نصت على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع . ولم تقل أن الشريعة هى « المصدر الرئيسى للتشريع» ومعنى ذلك ــ كما قالت المحكمة ــ أن الفقه الإسلامى كمصدر رئيسى للتشريع وفى وضع النص بهذه الصيغة هو توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية ، دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يضع الفقه الإسلامى حكما لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام فى شأنها تمشيا مع ضرورات التطور الطبيعى على مر الزمن » .

يلاحظ أولا أن هناك مصطلحين لا ينبغى الخلط بينهما وهما مصطلح الفقه الإسلامى ومصطلح الشريعة الإسلامية . فالأخير يُقصد به

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا فى جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٣ الموافق ٩ رجب سنة ١٤١٣هـ . منشور فى الجريدة الرسمية العدد ٣ فى ٢١ يناير سنة ١٩٩٣ ص ١٢٠ .

كل ما أنزله الله تبارك وتعالى من قواعد وأحكام سواء أكانت تلك المتعلقة بعلاقة الإنسان بربه وهى أحكام العقائد أو علاقته بنفسه وهى أحكام العبادات أم هذه التى تنظم معاملاته مع الآخرين وهى أحكام المعاملات[1]، وهذه الأخيرة هى التى ينطبق عليها مصطلح الفقه الإسلامى . فهذا المصطلح أضيق نطاقا من مصطلح الشريعة الإسلامية ، وقد استعمل المشرع مصطلح الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا رئيسيا للتشريع، مثله فى ذلك مثل المشرع المصرى وما كان ينبغى له أن يستعمل هذا المصطلح وإنما كان عليه استعمال مصطلح الفقه الإسلامى ، وهو ما استعملته المحكمة فى عباراتها صرفا منها لمصطلح الشريعة الإسلامية الذى استعمله المشرع إلى أن المقصود به هو الفقه الإسلامى . وقد أحسن المشرع الكويتى المدنى فى القانون المدنى بالمرسوم بتشريع رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ عندما نص فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على أن أحكام الفقه الإسلامى هى المصدر الثانى بعد التشريع الذى يحكم مسائل القانون المدنى .

ويتضح من الحكم أن المحكمة قد تمسكت أيضا بناحية شكلية ، متمثلة فى الألفاظ الواردة بها المادة لتخرج أيضا من مأزق التعرض للمادة ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة من الناحية الموضوعية . ومعنى ذلك أيضا ، أنه لو جاءت المادة الثانية من الدستور الكويتى بنفس الصيغة التى جاءت بها المادة الثانية من الدستور المصرى بعد تعديلها ـ لكان قد تغير موقف المحكمة كما بينت ذلك بقولها « وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل « والشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع » وهى ذات الصيغة التى وردت بها المادة الثانية من الدستور المصرى .

[1] أنظر فى ذلك البيان . د. يوسف قاسم ـ مبادىء الفقه الإسلامى ـ دار النهضة العربية ـ سنة ١٩٨٧ ـ ص ٢٩ وما بعدها .

ومع ذلك ، فإن المحكمة الدستورية بالكويت كان فى إمكانها أيضا انتهاز الفرصة التى سنحت لها والبحث موضوعيا فى المادة ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة لترى ما إذا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية ، وبالتالى مخالفة للدستور ، حتى ولو كانت مصدرا من مصادر التشريع وليست المصدر الوحيد ، أم أن هذه المواد غير مخالفة على ضوء ما سنعرض له فيما بعد »[١].

---

[١] وهذا ما فعلته فعلا المحكمة الاتحادية بدولة الإمارات العربية المتحدة ؛ التى تعرضت لما إذا كانت الفوائد من قبيل الربا المحرم أم لا ، وخاصة بالنسبة للفوائد المركبة . وقد ناقشت المحكمة هذا الأمر وانتهت إلى عدم اعتبار الفوائد ربا محرما وقالت فى ذلك «أن الأمر الذى لا مرية فيه أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون بل فوق كل قانون قانونا أعلى يقوم على الضرورة التى تبيح كل محظور - فقال تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » وقد رأى بعض أعلام المفسرين أن الشرائع مبناها مصالح العباد ، وعدم الحجر عليهم فيما لابد لهم منه ولا تتم مصالحهم فى معاشهم إلا به ، فكل ما لا يتم المعاش إلا به فتحريمه حرج وهو منتف شرعا . إذ أن المفسدة إذا عارضتها مصلحة أو حاجة راجحة قدمت المصلحة وألغى اعتبار المفسدة ، فأبيح المحرم . فلم يكن بدعا إذا والضرورات التعامل إا أجاز العلماء ، واستنادا إلى الأثر ، بيع السلم وهو بيع المعدوم فرخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه ، وجريا فى التعامل به . وكذلك الاستصناع وهو ضرب من ضروب بيع المعدوم وأجيز استحسانا للحاجة وتعامل الناس .
لما كان ما تقدم ، وكانت المصارف مؤسسات تجارية حديثة لم تكن معروفة فى عهد نزول أحكام الربا فى الشريعة الإسلامية . وهى تخضع فى معاملاتها للأحكام الشرعية عن طريق القياس ، فإنه يجب النظر فيها على أساس مصالح الناس فى معاشهم ، فهى حالتها الحاضرة ووفقا لقوانينها العالمية ، إنما هى حاجة من حاجات العباد ولا يتم مصالح معاشهم إلا بها بل إنه يمكن القول فى طمأنينة كاملة ، إن خطرها فى ظل النظام الرأسمالى القائم لا يقل خطرا عن حالة قيام الضرورة الملجئة لأكل الميتة والدم . والتسرع فى الحكم عليها بأنها من الربا المقطوع لا يقتصر خطره فقط على وقوع العباد فى حرج معاشهم لا مثيل له ، بل يتعداه إلى تهديد كيان الدولة والأمة ، ويقضى نهائيا على مصالحهم الاقتصادية المشروعة ومؤسساتهم التجارية والصناعية .
ومن حيث الفائدة البسيطة للقرض إذ الأصل فيها على ما استقر عليه الفقهاء أنها محرمة تحريم وسائل لا تحريم مقاصد وذلك سدا للذرائع . إلا أنها تجوز استثناء من أصل التحريم إذا قامت الحاجة إليها واقتضتها مصلحة راجحة تفوت إذا بقى التحريم على

خاصة - وأن المحكمة قد ذكرت أن النص بصيغته الحالية هو توجيه للمشرع وجهة إسلامية ، ولم يمنعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يضع الفقه الإسلامى حكما لها ... ولا شك فى أن مسألة الربا وحكمه من الأمور التى عنى الفقه الإسلامى بها عناية فائقة ، كما يتضح ذلك من العديد من النصوص القرآنية والأحاديث

أصله . وتجوز بقدر قيام الحاجة ، فإذا ارتفعت تلك الحاجة عدنا إلى الأصل وهو التحريم . ومن ثم فإذا تغير النظام الاقتصادى القائم وانتفت الحاجة فى النظام الذى يستجد فلا شك فى أن تعود الفوائد إلى أصلها من التحريم .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه من باب التعارض فى التسبيب الجمع بين المحرم وإعمال الجواز به فى آن واحد . وفوق هذا كله ، فإنه يتعين فهم معنى سلطة القاضى الجوازية بالقضاء بالفائدة فى حكم المادة ٦١ من قانون الإجراءات المدنية على أساسين مجتمعين : أولهما أن الأصل فى الفقه الإسلامى إن التصرفات تتم بالتراضى ، أى بإيجاب وقبول تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ، التى كانت الشريعة الإسلامية أسبق الشرائع قاطبة فى تقريره ، وفى هذا المجال لا يملك القاضى أن يحل محل إرادة الطرفين فى إنشاء العقد وشروطه إلا فى حالات استثنائية معدودة . وإذن فإذا أناط المشرع بالقاضى أن يحكم بتحديد فائدة ما ، فإن هذه الإناطة لا تكون إلا فى مجالات أخرى غير مجال إرادة المتعاقدين .

وثانى الأساسين أنه يتعين تفسير المادة ٦١ من القانون على ضوء ما سبقها من المواد ابتداء من المادة ٥٨ ، ومن مجموعها يتبين أن المشرع قد أجاز للقاضى فيها بإرادته وبعيدا عن دائرة العقود بأن يحدد فى قضائه . وليس إعمالا للعقد . فائدة على ما هو محكوم ...

أشار إلى هذا الحكم ونقله الدكتور طعمه الشمرى ــ المرجع السابق ــ ص ٣٦١ وقد أورد عليه العديد من الأسئلة نذكر منها :

أولا : هل توجد فعلا ضرورة ملجئة للأخذ بالفوائد الربوية ؟

ثانيا : هل نسبة ١٢% هى فوائد بسيطة يجوز التسامح بها إن صح الرأى الفقهى الذى استند إليه الحكم ؟ أم أنها مركبة ومبالغ فى تقديرها ؟

ثالثا : إذا أعطى المشرع للقاضى أو للمحكمة سلطة تقديرية أو حق الخيار فى أن تحكم بالفوائد أو لا تحكم . فإذا استعملت المحكمة سلطتها هنا هل تكون مخطئة ؟

رابعا : إذا كان هناك من تخريج فقهى لأحكام الشريعة الإسلامية فى إجازة الفوائد فى حالات الضرورة الملجئة ، فإن هذا الأمر متروك للسلطة التشريعية لا للسلطة القضائية.

خامسا : هل يجوز احترام مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين فيما قضى المشرع الالهى بتحريمه بنص قطعى الثبوت والدلالة .

النبوية الشريفة التى وردت بشأن بيان حكمه ، وأنواعه وأثره على الفرد والمجتمع . فكان لزاما على المحكمة التعرض لهذه المواد وبيان الموقف فيما يثار حولها من وجود شبهة الربا بها .

ومفاد حكم المحكمة الدستورية بالكويت أنه إذا صدرت تشريعات لاحقة على الدستور ، وفى ضوء النص الحالى للمادة الثانية منه ، الذى يجعل الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع ، ومخالفة للفقه الإسلامى ، فإذن هذه التشريعات لا مطعن عليها بعدم الدستورية . طالما ارتأى المشرع العادى أن حاجة التطور الطبيعى للأمور تستلزم الخروج على أحكام الفقه والأخذ بأحكام أخرى أيا كان مصدرها . وبطبيعة الحال ليس هناك رقيب على المشرع سوى هذه المحكمة ، وهى قد أذنت له بهذا الخروج بحجة التطور وهى مسألة مرنة، وتختلف من زمن إلى آخر ، بل ومن مشرع إلى آخر . وقد التزم المشرع العادى هذه الحجة عندما عدل المادة الأولى / الفقرة الثانية من التقنين المدنى فقد جعل أحكام الفقه الإسلامى تاليا لأحكام التشريع عند الفصل فى مسائل هذا القانون ، وقد اشترط على القاضى ألا يلجأ إلى هذه الأحكام إلا إذا كانت أكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها ، وهى ذاتها فكرة التطور الطبيعى . ومعنى ذلك أن القاضى عليه أن يبحث أولا على حكم للنزاع المعروض عليه فى التشريع ، فإذا لم يجد ، فإن بإمكانه اللجوء مباشرة إلى العرف حتى ولو كان مخالفا لأحكام الفقه الإسلامى ، بحجة أنها ليست الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها . وهذا ما سيحدث غالبا بالنسبة للكثير من الأعراف التجارية.

وطبقا لوجهة نظرنا الخاصة أن المحكمة الدستورية فى كل من مصر والكويت كان فى مقدورها الوصول إلى دستورية المواد محل الطعن بعدم الدستورية أمامها ، لو أنها فسرت هذه المواد التفسير الذى سوف نعرضه الآن.

المبحث الرابع

دستورية المادة ٢٢٦ وما بعدها مدنى مصرى والمادة ١١٠ وما بعدها تجارة كويتى

تعتبر هذه المواد دستورية أو غير دستورية على حسب نظرة المشرع والفقه إليها . فإذا كان الجميع ينظر إليها على أنها تعويض ، فإن النتيجة هى أن هذه المواد لا مخالفة فيها للشريعة الإسلامية وبالتالى لا مخالفة فيها للدستور إذا التزمنا بالقواعد العامة للتعويض ، أما إذا نظرنا إليها بغير ذلك فإن شبهة الربا تحوم حولها . وفى الواقع فإن المشرع فى كل من الكويت ومصر ينظر إلى النسب الواردة بهذه المواد على أنها تعويض حدده المشرع أو حدده على الأقل فى حده الأعلى ، لذلك يتعين هنا معرفة مدى تطلب الشروط العامة للتعويض .

مدى تطلب الشروط العامة للتعويض :

التعويض ــ كقاعدة عامة ــ له شروط يتعين توافرها . وهذه الشروط هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، فعل يلزم وجود هذه الشروط لكى يستحق الدائن التعويض القانونى « الفوائد » .

أما عن الخطأ ، فقد ذهب الفقه إلى توافره فى حق المدين بمجرد تأخره فى الوفاء بالدين ، على أساس أن التزام الوفاء بالمبلغ النقدى يشكل التزاما بتحقيق غاية على عاتق المدين أو القيام بعمل محدد ، يعتبر المدين مقصرا فى حالة عدم القيام به . ولذلك فإن مجرد تأخر المدين فى الوفاء يشكل خطأ فى جانبه ، فنحن ــ فى التعويض القانونى ــ نستبدل بشرط الخطأ ، التأخر فى الوفاء[١] .

---

(١) السنهورى ــ المرجع السابق ــ ص ١١٦٥ .

ويذهب الفقه أيضا إلى افتراض الضرر وعلاقة السببية بقرينة غير قابلة لإثبات العكس ، مستندا فى ذلك إلى نص المادة ٢٢٨ مدنى مصرى والمادة ١١٢ من قانون التجارة الكويتى . وتقول كل منهما « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير »[1] .

---

[1] ولم يخرج القضاء فى مجموعة عن اتجاه الفقه فقد استقر أمره على أن الضرر مفترض، ولا يحتاج الدائن أن يثبته حتى يستحق الفوائد . ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف الكويتية - دائرة التمييز بالقول .. ولما كان النص فى المادة ١١٠ من قانون التجارة رقم ٦٨/١٩٨٠ على أنه « إذا كان محل الالتزام التجارى مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير - فوائد قانونية قدرها ٧٪ » وفى المادة ١١١ من ذات القانون على أنه « يجوز للعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على ألا يزيد هذا السعر على الأسعار المعلنة فى البنك المركزى ... » وفى المادة ١١٢ من القانون ذاته على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير . قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير » مؤداه أن المشرع رأى استحقاق فوائد التأخير سواء أكانت قانونية وقدرها ٧٪ وهى التى نص عليها فى المادة ١١٠ ، أو اتفاقية وهى المنصوص عليها فى المادة ١١١ بمجرد استحقاق الدين ، لأن التأخير فى الوفاء بالدين التجارى فى ميعاد استحقاقه موجب للضرر بمجرد حصوله ، دون حاجة إلى أن يثبت الدائن أن ضررا قد لحقه من هذا التأخير . ولما كان ذلك وكان النص فى المادة ١١٤ من قانون التجارة على أنه « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذى يجاوز هذه الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم » مفاده أن الدائن إذا أراد أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى فوائد التأخير سالفة البيان - فلا يطلب منه إثبات وقوع غش أو خطأ جسيم من جانب المدين ، وإنما يتعين عليه إثبات الضرر الذى يجاوز تلك الفوائد ، ذلك أن التعويض التكميلى حسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التجارة ، تجرى فى شأنه قواعد التقدير القضائى للتعويض ، ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح » ولما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، وأقام قضاءه على أن الطاعن لم يقدم أى دليل على اتفاقه على سعر فائدة يزيد على السعر الذى نصت عليه المادة ١١٠ سالفة الذكر ، وعلى أن ضررا لحقه من التأخير يجاوز ذلك الضرر الذى من أجله قضى بالتزام المطعون ضده الأول بصفته بفائدة قدرها ٧٪ فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ويكون هذا النعى بالتالى فى غير محله .

الطعن ٢٢٩/٨٦ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز ، المرجع السابق ، ص ٢٩٤ رقم ٧ .

فالمشرع ـ وطبقا للفقه ـ قد افترض أن مجرد تأخر المدين فى الوفاء بالدين الذى فى ذمته يلحق بالدائن ضررا ـ بحيث لا يحتاج الدائن ـ للحصول على التعويض القانونى ـ أن يثبت هذا الضرر ، كما لا يستطيع المدين ـ كما ذهب الفقه ـ أن ينفى وقوعه ، وبافتراض الضرر ، تكون علاقة السببية أيضا مفترضة بقرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فما علاقة السببية إى وصف من أوصاف الضرر ، وهو أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لخطأ المدين[١] .

ويبرر الفقه هذا الافتراض للضرر ولعلاقة السببية ، بأن النظام الاقتصادى الحديث يفترض أن كل أمرىء فى وسعه أن يستثمر أمواله ، وأن يحصل على فوائد كل مبلغ يتوافر لديه ، فرتب المشرع على مجرد تأخر المدين فى الوفاء قرينة قانونية قاطعة على وقوع ضرر بالدائن[٢] . ويرى الفقه أيضا ، بأن الدائن إذا لم يكن فى حاجة إلى النقود التى لدى المدين ، فإن فى استطاعته استغلالها ، إذا قام المدين بالوفاء بها فى

---

[١] وبذلك يمكننا القوا بأن علاقة السببية لا تعتبر عنصرا ثالثا لقيام المسئولية وإنما هى أحد أوصاف العنصر الثانى وهو الضرر ، أى أنه إذا تحققت هذه الأوصاف بأن يكون الضرر محققا ومباشرا قامت ـ فى نفس الوقت ـ علاقة السببية ، وباختفاء وصف الضرر المباشر كان معنى ذلك أن الضرر الواقع ليس نتيجة مباشرة لفعل المدين وتختفى بذلك علاقة السببية ، قريب من ذلك ، د. سعد واصف فى قوله « فإن الرأى عندنا أن اعتبار رابطة السببية ركنا من أركان المسئولية من نوع تحليل وتفصيل وكان يمكن عدم اعتبارها ركنا مستقلا باعتبار أن السببية وصف يلحق بالخطأ الموصوف بأنه المسبب للضرر . وعلى ذلك فإن السببية يمكن إدماجها فى الخطأ باعتباره وصفا والوصف يتبع الموصوف وجودا أو عدما » . التأمين من المسئولية فى عقد النقل ـ القاهرة سنة ١٩٥٨ ، ص ٩٩ ، وهذا الرأى وإن اتفقنا معه فى عدم اعتبار علاقة السببية عنصراً مستقلا للمسئولية فإننا نخالفه فى اعتبارها وصفا يلحق بالخطأ وإنما نعتبرها وصفا يلحق بالضرر ، بأن يكون نتيجة مباشرة للخطأ .

[٢] د. سليمان مرقس ـ الوافى فى القانون المدنى ـ جـ ٢ ص ٢٠٢ .

الميعاد ، وإذا لم يقم كان معنى ذلك حرمان الدائن من فائدة استغلال هذه النقود[١] .

رأينا الخاص :

إذا كانت القاعدة العامة تقضى بضرورة توافر شروط معينة للحصول على التعويض ، وهذه الشروط هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، فإن الخروج على هذه القاعدة لابد أن يكون له مبرر قوى ومقبول ، وهذا المبرر يتعين بحث مدى توافره فى حالة التعويض القانونى .

ونبحث فى الافتراض الأول وهو الخطأ ، الذى يرى الفقه أنه مفترض لمجرد تأخر المدين فى الوفاء بالمبلغ النقدى ، فهذا الافتراض قد يتوافر فى حالات إلا أنه قد لا يتوافر فى حالات أخرى ، فقد يكون تأخر المدين فى الوفاء له ما يبرره ولا يشمل فى جانبه تقصيرا أو خطأ . فإذا أعد المدين المبلغ المطلوب أداؤه ، ثم ـ وبسبب لا دخل لإرادته فيه ـ سُرق هذا المبلغ قبل حلول ميعاد الوفاء بوقت قريب جدا أو نشب حريق فى المكان الذى كانت النقود موضوعة فيه[٢] ، أو حدث ما يحول دونه والذهاب إلى الدائن لإعطائه المبلغ. كأن يصيبه مرض يقعده عن الحركة، خاصة إذا كان الدين محمولا وليس مطلوبا ، أى أنه واجب الدفع فى موطن الدائن . فى كل الفروض المتقدمة ، لا نتصور وجود خطأ مفترض أو ثابت فى جانب المدين . وكان لزاما أن نقرر اعفاء الدائن من إثبات الخطأ ، ونسمح ـ فى نفس الوقت ، للمدين بإثبات السبب

---

[١] د. السنهورى ـ الوسيط ـ المرجع السابق ـ ص ١١٦٦ .

[٢] د. عبد الناصر توفيق العطار . نظرية الأجل فى الالتزام . فى الشريعة الإسلامية والقوانين العربية ، سنة ١٩٧٨ ، ص ٢٣٥ .

الأجنبى أو القوة القاهرة التى حالت دونه والوفاء بالدين ، فإذا نجح فى ذلك فإن من العنت أن يعامله ـ مع ذلك ـ على أنه مقصر ومخطىء[١] .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بقضاء قريب من ذلك بقولها « إنه إذا كانت الفوائد التأخيرية بفرض حلول أجل الوفاء بالدين وتعرض لتعويض الضرر الناشىء عن التأخير فى هذا الوفاء ، وكان المشرع قد نص فى المادة ٢٢٨ مدنى على أنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير بما مفاده أنه يفترض وقوع الضرر بمجرد التأخير فى الوفاء ، إلا أن ذلك لا يعنى وجوب توافر ركن الخطأ فى جانب المدين حتى تتحقق مسئوليته ، وإذا كان تأخر المدين فى الوفاء بدين فى الأجل المحدد له يعتد خطأ فى حد ذاته إلا أنه إذا ثبت أن هذا التأخير يرجع إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه انتفت مسئوليته ، ولما كان ذلك ، وكان فرض الحراسة الإدارية على أموال شخص بمقتضى الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٨١ يوجب ـ بمجرد صدور الأمر به ـ غل يد ذلك الشخص عن إدارة أمواله وأخصها سداد التزاماته واقتضاء حقوقه ، فإنه يترتب على فرض هذه الحراسة وقت سريان الفوائد التأخيرية ـ قانونية كانت أو اتفاقية ـ على الديون التى حل أجل الوفاء بها بعد صدور قرار فرض الحراسة[٢] .

---

(١) وفى الحقيقة أن مسألة عبء الإثبات مرتبطة بتحليل مضمون الالتزام ، أكثر من ارتباطها بطبيعة قواعد المسئولية الواجبة التطبيق ، أو نوع الخطأ . وذلك طبقا لما نراه من ضرورة التفرقة فيما يتعلق بعبء الإثبات بين عدم التنفيذ الكلى وبين التنفيذ السيىء للالتزام . فإذا تمثل الإخلال فى عدم التنفيذ الكلى للالتزام فهنا تنطبق فكرة الخطأ المفترض ، أما إذا كان هناك تنفيذ سيىء للالتزام حتى ولو تعلق بالتزام عقدى فإن فكرة الخطأ المفترض لا مجال لها إذ الدائن هو الذى يثبت تقصير مدينه . أنظر فى ذلك بشكل عام: DE MOGUE, traité des obligations en general, 1933.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨٥/٤/٢٩ ، مج أحكام النقض لخمس سنوات ، ص١٦٧ .

أما عن الافتراض الثاني والثالث ، وهو الضرر وعلاقة السببية . فإن الفقه قد اعتمد – في هذا الافتراض – على نص المادة ٢٢٨ مدني والتي تقضي بأن « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » . وتقابلها المادة ١١٢ من قانون التجارة الكويتي .

ونحن نرى أن هذه المادة قد تفيد أحد احتمالين أو مفهومين :

الأول : أن المشرع افترض حدوث ضرر بالدائن بقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، بمجرد تأخر المدين في الوفاء بالدين .

الثاني : وقد يفيد النص أن المشرع أراد به نقل عبء الإثبات من على عاتق الدائن ، إذ أعفاه من عبء إثبات إصابته بضرر بسبب عدم وفاء المدين بالدين ، لأن الدائن بالالتزام العقدي – وطبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة الأولى من قانون الإثبات – يلزم بإثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه . والالتزام الذي نتحدث عنه في موضوعنا ليس هو المبلغ النقدي الذي نشأت بسبب التأخير في الوفاء به الفوائد التأخيرية ، إذ الأصل أن هذا الدين (الالتزام) ليس محل منازعة بين الطرفين ، بل إن المدين يقر بوجوده ، والفرض أنه يقوم بأدائه إلى الدائن ، ولكن المنازعة تثور بشأن الفوائد المستحقة على هذا الدين بسبب التأخير في أدائه . فميز المشرع الدائن هنا بأن أعفاه من عبء إثبات قيام التزام المدين بأداء هذه الفوائد نظير الضرر الذي أصابه من التأخير في الوفاء بالدين ، وافترض حدوث هذا الضرر ، وبالتالي وجود الالتزام بالتعويض (الفوائد) . ليتحول عبء الإثبات من على عاتق الدائن إلى عاتق المدين . ناهيك عن إعفاء الدائن من إثبات خطأ المدين في عدم

الوفاء بالدين فى ميعاده[١] ، إلا أن هذا الإعفاء من الإثبات قد ينتج عنه قرينة بسيطة على تحقق الضرر ، وهذه القرينة يمكن للمدين إثبات عكسها . فالمادة فى نهايتها تقضى بأن « لا يشترط ... أن يثبت الدائن ضررا لحقه .. » وهذا قد يفهم منه أن الدائن أعفاه المشرع من الإثبات ولكن ليس بشرط أن يفهم منه أن الضرر مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس ، بل قد يفهم منه نقل عبء الإثبات من على عاتق الدائن وإلقاؤه على عاتق المدين[٢] .

ويساعدنا على هذا الفهم الأخير الرغبة الكامنة فى نفس المشرع ولدى الجميع فى الإقلال من صور ومظاهر الربا فى التعامل ، فما دام قد أعلن فى مجموعة الأعمال التحضيرية[٣] ـ عن مبتغاه فى الإقلال من

---

[١] ويرى الدكتور عبد الناصر العطار « أن القانون اعترف فى المادة ٢٢٩ مدنى بأن المدين قد يتأخر فى الوفاء بسبب يرجع إلى الدائن ذاته ، كأن يطيل أمد النزاع أمام القضاء ليحصل على مبلغ أكبر من الفوائد ، وأجاز القانون للقاضى فى هذه الحالة أن يخفض الفوائد أو لا يقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال النزاع فيها بلا مبرر ، وإذا كان الأمر كذلك فى حالة ما إذا كان التأخير راجعا إلى سبب من الدائن فلماذا لا يكون كذلك فى حالة ما إذا كان التأخير يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه حتى تكون الحلول القانونية عادلة ... المرجع السابق ، ص ٢٣٦ .

[٢] وإلا لجأت صياغة المادة بشكل لا يفيد إلا افتراض وقوع الضرر بقرينة غير قابلة لإثبات العكس ، كأن ينص على أن « لا يشترط لاستحقاق الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يلحق بالدائن ضرر » .

ويكون بذلك المشرع قد استغنى بصفة نهائية عن عنصر الضرر لاستحقاق الدائن للتعويض القانونى .

[٣] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى . الجزء الثانى ص ٤٧٩ بل أن المشرع الكويتى قد نص صراحة فى المادة ١١٠ على أن المدين يلزم بدفع فوائد قانونية قدرها ٧% وذلك على سبيل التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام محله مبلغ نقدى . كما نصت كذلك المادة ٢٢٦ مدنى مصرى على أن المدين ملزم بدفع هذه النسب إلى الدائن على سبيل التعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام .

وهناك رأى يذهب إلى أن الفوائد التأخيرية لا تجوز شرعا إلا فى الحدود التى تعتبر فيها تعويضا عن الضرر الذى لحق الدائن من جراء تأخر المدين فى الوفاء بالدين ،

صور الربا ، وأن هذه النسب الواردة في المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ مدني مصري والمادتين ١١٠ ، ١١١ من قانون التجارة الكويتي ما هي إلا تعويض للدائن عما لحقه من أضرار بسبب التأخر في الوفاء بالدين من جانب المدين ، فإن ذلك يقتضي تطبيق قواعد التعويض بشكل يقترب من العموم والكمال ،لأنه كلما اتسعت دائرة الخروج على هذه القواعد ـ في مجال التعويض القانوني ـ كلما زاد من فرصة الاقتراب من دائرة المحظور وهي دائرة الربا .

فالقول بوجود قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس بحدوث ضرر للدائن بسبب التأخير ، قد يؤدي إلى استحقاق الدائن للتعويض القانوني «الفوائد» حتى ولو لم يصبه ضرر ، وبذلك يكون قد حصل على زيادة على رأس المال وتشكل هذه الزيادة ربا ، فكان لزاما إتاحة الفرصة

== شريطة أن تقاس تلك الفوائد بقدر هذا الضرر ، وعلى الدائن إثبات مدى الضرر ، كأن يثبت فوات صفقة عليه كأن يأمل الحصول عليها عن طريق مبلغ الدين ، ولكن إذا انتفى الضرر لما جاز شرعا الحكم بها . أما إذا أثبت الضرر ومداه فإنه يعوض في هذه الحدود لا عبرة باسم الأداة التي يجبر بها الضرر وهي الفوائد التأخيرية ولكن العبرة بمضمونها وهو تعويض أو جبر الضرر .

د. أحمد شرف الدين ـ المرجع السابق ـ ص ١٨٨ .

وإذا نظرنا إلى هذه الزيادة على رأس المال (أصل الدين) المستحقة للدائن على أنها تعويض له عما لحقه من أضرار نظير تأخر المدين في الوفاء بالدين ، وليست على أنها مقابل للانتفاع بهذا الدين . فإننا نظل في الإطار الشرعي لهذه الفوائد التأخيرية التي تأخذ هنا صورة التعويض . ويجد هذا الكلام أساسا في قواعد الضمان التي تقضي بالتزام المسئول عن الضرر بتعويضه تطبيقا لقواعد شرعية منها « لا ضرر ولا ضرار » و « الضرر يزال بقدر الإمكان » . فإذا تعذر تنفيذ الالتزام عينا وإذا استحال أيضا تعويض الدائن عينيا بإزالة الضرر المتمثل في فوات منفعة النقود ، نظرا لأن المنافع تقاس بالزمن وما فات من الزمن لا يعود ولا يعاد ، فلا مفر من أن التعويض يصير إلى قيمة المنافع ـ عملا بالقاعدة الشرعية « إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل » م٥٣ من مجلة الأحكام العدلية .

للمدين لكى يثبت أنه على الرغم من تأخره فى الوفاء بالدين ، إلا أنه ليس ثمة ضرر لحق بالدائن أو يثبت أن الضرر الذى أصاب الدائن قليل فى مقداره ، بحيث لا يتناسب مع حجم نسبة الفوائد المتفق أو المنصوص عليها ، ويكون ذلك من قبيل تحقيق التوازن بين مصلحتى كل من الدائن والمدين ، إذ لا يعقل أن نحرم المدين من هذا الحق ، فى الوقت الذى نعطى فيه للدائن الحق فى «المطالبة بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن ثمة ضرر لحقه يجاوز الفوائد، وأن هذا الضرر قد تسبب فيه المدين بسوء نية أو بخطأ منه»[1] .

وإن لم يكن هذا المفهوم للمادتين ١١٢،٢٢٨ — والخاص بوجود قرينة بسيطة على وقوع الضرر تقبل إثبات العكس — مقبولا أو مستساغا، فلا مناص إذا من إلغاء هاتين المادتين أو تعديلهما ، بحيث تأتيان متسقتين مع أحكام وقواعد التعويض ، لأنه إذا جاز قبول الحصول على تعويض من شخص بدون ثبوت خطأ وقع منه ـ كمسئولية المتبوع عن أعمال التابع ، ومسئولية حارس الأشياء ـ فلا يقبل الحصول على تعويض بدون ضرر أصاب الذى يطالب به ـ فالربط ـ الآن فى اتجاهات القضاء الحديثة ـ أصبح بين الضرر والتعويض أكبر من الربط بين الخطأ والتعويض .

ونؤكد ـ فى النهاية ـ على ضرورة تحقيق التوازن بين مصلحتى كل من الدائن والمدين ، وقد يتحقق ذلك من خلال إعفاء الدائن من إثبات الضرر الذى لحقه من تأخر المدين فى الوفاء بافتراض حدوث الضرر، ولكن بالنظر ـ فى الوقت نفسه — إلى هذا الافتراض على أنه قرينة بسيطة ، يمكن للمدين إثبات عكسها .

---

[1] د. عبد الناصر توفيق العطار ـ المرجع السابق ، الإشارة السابقة .

العلة فى هذا الرأى :

لعله اتضح ـ مما سبق ـ الدافع وراء الرغبة الملحة لدينا فى فهم المادة ٢٢٨ مدنى مصرى والمادة ١١٢ تجارة كويتى على أنهما تؤديان إلى نقل عبء إثبات وقوع الضرر بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالدين من على عاتق الدائن وتلقيان به على عاتق المدين ، واستبعاد مفهوم أن الضرر مفترض بقرينة لا تقبل إثبات العكس . إذ الدافع وراء ذلك هو الرغبة فى استبعاد شبهة الربا التى تحوم حولها النصوص من ٢٢٦ ـ ٢٣١ مدنى مصرى والمواد ١١٠ ـ ١١٥ تجارى كويتى .

ولسنا بحاجة إلى الإسهاب فى بيان حكم الربا فى الفقه الإسلامى ، فقد تناول هذا الموضوع الكثير من الفقهاء ، ويكاد يأتى إجماعهم على حرمة النوع الجلى من الربا ألا وهو ربا النسيئة ، وخاصة عندما يأتى فى صورة قرض يجر نفعا بلا مقابل ولو تمثل فى صورة ضرر يصيب المقرض[1] .

ولكننا أردنا بإثارة موضوع حرمة ربا النسيئة أن ننتصر للفهم الخاص للمادة ٢٢٨ مدنى مصرى والمادة ١١٢ تجارة كويتى ، حتى يأخذ بنا هذا الفهم إلى مجال يبعد عن دائرة الربا ولا يقترب منها أو من أى أمر قد يشتبه به .

---

(١) أنظر بالإضافة إلى المراجع السابق ذكرها :
محمد أحمد عيسى : الفوائد بين الشريعة والقانون ـ المحاماة س ١٤ العدد ١٠ سنة ١٩٦١ ص ١٧٤٢ .
محمد خضر الجبرى : قضية الربا بين دعاة الإبقاء ومحاولات الإلغاء ـ المحاماة س ٥٦ عدد ٩، ١٠ ، سنة ١٩٧٩ ص ٥٣ .

فبدون هذا الفهم ـ فإننا نخالف ما اعتنقه المشرع وما كان يكنه من كره للربا وبعد عنه ، وهذا المكنون فى عقيدة المشرع اتضح بجلاء فى عدة أمور أخرى : بجانب ما سبق ذكره . منها :

١ ــ أن المشرع حظر ومنع أن يجاوز مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن رأس المال الأصلى ، إلا إذا قضت بذلك القواعد والعادات التجارية[1] فلو فرضنا أن شخصا دائنا لآخر بمبلغ مائة وخمسين جنيها وحل أجل استحقاق هذا المبلغ فى ١٩٨١/١/١ ورفع مطالبة قضائية بالفوائد فى ذلك التاريخ وعلى فرض استمرار الدعوى إلى ما بعد ١٩٩١/١/١ ، فإن الدائن لايستحق فوائد عن المدة التالية لذلك لأنها ستجاوز رأس المال .

---

[1] وقد عرفت محكمة النقض المقصود بالعادات التجارية التى تعنيها الفقرة الاخيرة من المادة ٢٣٢ مدنى مصرى « بأنها هى ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع فى التعامل ، فيكفى فى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ، ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون ، ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال ، وحيث أن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمدا من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه الكامنة فيه ولا سرية فى أن عملية القرض الطويل الأجل هى من صيم أعمال البنك العقارى المصرى وفقا لقانونه النظامى وفى أن العادة قد جرت منذ نشوء الاكتمال العقارى فى مصر على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال فى كل قرض عقارى ذى أجل طويل وهذه العادة مذكورة فى المؤلفات الاقتصادية وفى كتب القانون وعلى أنها من أبرز العادات التجارية التى تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارة بالاستثناء المنصوص عليه فى عجز المادة ٢٣٣ مدنى . ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت فى مقدمة الصور التى كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثناء «فإن هذا الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه :

نقض مدنى فى ٢ يونيو سنة ١٩٦٣ ، مج أحكام النقض س ١٤ ص ٩٤٦ رقم ١٣٢.

٢ ـ كما قضت المادة ٢٣٢ بعدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد.

٣ ـ كما أباح المشرع للقاضى أن يخفض الفوائد أو ألا يقضى بها إطلاقا عن المدة التى تسبب فيها الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع[١] .

٤ ـ قرر المشرع أيضا وقف سريان الفوائد التى يجوز لدائن المدين التقدم بها عند توزيع المال الذى بيع بيعا جبريا ، بمجرد رسو المزاد . فهذا الوقف يخفف العبء عن المدين ذاته من جهة كما يحافظ من جهة أخرى ـ على حقوق الدائنين[٢] .

وقد حرمت التقنينات العربية أيضا تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد ، فعل ذلك التقنين المدنى السورى فى صدر المادة ٢٣٣ ، والتقنين الليبى المدنى فى صدر المادة ٢٣٥ ، والتقنين المدنى العراقى فى صدر المادة ١٧٤ ، وإن كان تقنين الموجبات والعقود اللبنانى يجيز تقاضى الفوائد على المتجمد ، عن مدة ستة أشهر (م٧٦٨) .

---

[١] ويقضى بذات الحكم معظم التقنينات العربية ، أنظر المادة ٢٣٠ مدنى سورى ، المادة ٢٣٢ مدنى ليبى ، المادة ٣/١٧٣ مدنى عراقى .

[٢] انظر المواد ٢٣١ مدنة سورى ، ، مدنى ليبى وفى لبنان فإن العمل فى دوائر الإجراءات يتمشى مع هذا الحكم ، إذ أن الفوائد ترصد إلى تاريخ الإحالة القطعية ، أى إلى تاريخ رسو المزاد فى إجراءات البيع الجبرى (السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، دار النهضة العربية ـ المجلد الأول ـ ص ٢٧٧) .

الخاتمـــــــة

انصب البحـث علـى مسـألة جوهريـة تتعلق بمـدى اعتبـار النسـب الواردة فى المـواد ٢٢٦ مدنـى مصـرى ومـا بعدهـا ، والمـواد ١١٠ تجارة كويتى ومـا بعدها . هى من قبيل التعويـض القـانونى الـذى حـدده المشرع ، أو ـ على الأقل ـ وضع له حدا أقصى لا يجوز تجاوزه . وقد سار البحث على طريق النظر إلى هذه النسب علـى أنـها تعويـض مقـابل التأخر فى الوفاء بدين محله مبلغ نقدى .

وبهذه النظرة ، انتقدنا موقف المحكمة الدستورية فى كل من مصر والكويت مـن المـواد السـابقة ، وذلـك عندمـا طعـن أمامـها عليـها بعـدم الدستورية . فقد رفضت المحكمتان هـذا الطعن بالاسـتناد إلـى مـبررات متباينة . فقد استندت المحكمة فى مصر إلى قاعدة التدرج الزمنـى ذاهبـة إلى أن تعديل المادة الثانية من الدستور المصرى فى سنة ١٩٨٠ لا يمس التشريعات القائمة عنـد صـدوره ولكنـه يمثـل قيدا علـى سلطة المشـرع العادى عند وضع التشريعات اللاحقة ، وطالما أن المواد محل الطعن هى من التشريعات السابقة ، فإنها تظل قائمة وملزمة للقاضى إلى أن يتدخـل المشرع بتعديلها .

أما المحكمة الدستورية بالكويت ، فقد اعتمـدت علـى الألفـاظ التـى وردت بـها المـادة الثانيـة مـن الدسـتور التـى جعلـت الشـريعة الإسـلامية مصدرا رئيسيا للتشريع ولم تنص على أنها المصدر الرئيسـى للتشـريع . وبذلك فإن هذه الصياغة لا تمنع المشرع العـادى مـن استمداد تشـريعات من مصادر أخرى يرى أن مـن المستحسـن اللجـوء إليـها . وخاصـة فـى

أمور لم يضع الفقه الإسلامى حكما لها . فإذا استمد المشرع تشريعات من مصدر آخر فإن النعى عليها بعدم الدستورية يكون غير مقبول ، وتصير هذه التشريعات ملزمة للقاضى .

وقد عرضنا للعديد من الانتقادات التى وجهت لموقف كل محكمة على حده من المواد محل الطعن .

وفى نهاية البحث طرحنا وجهة نظر خاصة متعلقة بالنظر إلى النسب الواردة بالمواد سالفة الذكر على أنها دستورية بشرط اعتبارها تعويضا للدائن عن تأخر المدين فى الوفاء بالدين . وفسرنا المادتين ٢٢٨ مدنى مصرى ، ١١٢ تجارى كويتى . على أنهما تعفيان الدائن من عبء إثبات إصابته بضرر بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالدين ، لينقلب عبء الإثبات على عاتق المدين، الذى عليه نفى القرينة البسيطة التى زود المشرع بها الدائن لمجرد التأخر فى الوفاء . ويتعين على المدين إثبات . إما السبب الأجنبى أو القوة القاهرة التى منعته من الوفاء بالدين فى الميعاد ، أو إثبات عدم إصابة الدائن بضرر على الرغم من تأخره فى الوفاء بالدين .

ونؤكد فى النهاية ، على أن باب الطعن على المواد السالفة بعدم الدستورية لم يُغلق وإنما هو مفتوح أمام أى طاعن من جديد . وذلك بالتأسيس على أن المحكمة الدستورية العليا فى البلدين (مصر الكويت) لم تتعرض لهذه المواد من الناحية الموضوعية ، وإنما رفضت الطعن لناحية شكلية إن جاز ذلك القول .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .....

المراجـــــع

١ ـ ابن القيم ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين ـ الجزء الثالث.

٢ ـ د. أحمد شرف الدين : مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية مجلة الحقوق والشريعة الكويتية ـ السنة الرابعة ـ العدد الأول صفر ١٤٠٠هـ ـ يناير ١٩٨٠ م ص ١٧٥ .

٣ ـ د. إبراهيم زكى الدين بدوى : نظرية الربا المحرم ـ مجلة القانون والاقتصاد س ٨ يناير ١٩٣٩ ص ٣٩١ .

٤ ـ السنهورى ـ الوسيط ـ الجزء الثانى .

٥ ـ الشوكانى ـ بدائع الصنائع ـ الجزء الثانى .

٦ ـ توفيق حسن فرج ـ المدخل للعلوم القانونية ـ الطبعة الثانية سنة ١٩٨١.

٧ ـ د. جلال العدوى ـ أحكام الالتزام ـ الدار الجامعية ، سنة ١٩٨٦ .

٨ ـ د. حسن كيره ـ أصول القانون ـ القانية سنة ١٩٦٠ .

٩ ـ د. فريد العرينى ـ تعليق على حكم قضائى ، مجلة المحامى الكويتية، س ١١ عدد يوليو وأغسطس وسبتمبر ١٩٨٨ .

١٠ ـ د. رضا عبيد : النظرية العامة للإلتزامات بحث مقدم إلى المؤتمر العلمى الثانى للقانونيين المصريين المنعقد فى الفترة من ١ـ٢/٦/٢٠٠٠ بالجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع . بعنوان «المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد .

١١ - د. طعمه الشمرى : الوضع القانونى للفوائد الربوية فى القانون الكويتى – مجلة الحقوق – السنة الثالثة عشرة – العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٤ . ص ١٦٩ .

١٢ - د. سليمان مرقس - الوافى فى القانون المدنى - جـ٢ .

١٣ - د. عبد الناصر توفيق العطار – نظرية الأجل فى الالتزام فى الشريعة الإسلامية والقوانين العربية سنة ١٩٧٨ .

١٤ - د. عادل عمر شريف - القضاء الدستورى فى مصر سنة ١٩٨٨ .

١٥ - د. على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية - الطبعة الثالثة .

١٦ - د. سعد واصف : التأمين من المسئولية فى عقد النقل – القاهرة سنة ١٩٥٨ .

١٧ – عبد الله عبد الرحمن البسام - توضيح الأحكام من بلوغ المرام – دار القبلة الثقافية الإسلامية - جدة – السعودية – الطبعة الأولى ١٤١٣-١٩٩٢ .

١٨ - د. محمد أحمد عيسى : الفوائد بين الشريعة والقانون – المحاماة س ١٤ عدد ١٠ سنة ١٩٦١ ، ص ١٧٤٢ .

١٩ - د. محمد المرسى زهرة : تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية الصادر فى ٤ ذوالقعدة ١٤٠٧هـ – ٣٠ يونية ١٩٨٧م مجلة الحقوق الكويتية س ١٢ ، ع٢ شوال ١٤٠٨هـ – يونيو ١٩٨٨ ، ص١٢٩ .

٢٠ – د. محمد خضر الجابرى : قضية الربابيين ، دعاة الابقاء ومحاولات الإلغاء . المحاماة س ٥٩ عدد ٩ ، ١٠ ص ٥٣ .

٢١ ـ د. نزيه المهدى ـ المدخل لدراسة القانون ـ نظرية القانون ـ سنة ١٩٩٠.

٢٢ ـ د. يوسف قاسم ـ التعامل التجارى فى ميزان الشريعة الإسلامية ـ ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م .

٢٣ ـ د. يوسف قاسم ـ مبادىء الفقه الإسلامى ـ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٧ .

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة
المقدمة	٣
المبحث الأول : موقف المشرع المصرى من التعويض القانونى	١٠
المطلب الأول : عرض سريع للمادة ٢٢٦ مدنى وما بعدها	١٠
المطلب الثانى : موقف قانون التجارة من التعويض المحدد (العائد)	٢٢
المبحث الثانى : موقف المشرع الكويتى من التعويض القانونى	٤١
المطلب الأول : النصوص الواردة فى التقنين المدني الكويتى	٤١
المطلب الثانى : النصوص الواردة فى قانون التجارة الكويتى	٥٥
المبحث الثالث : المقارنة بين موقف محكمة الدستورية فى كل من مصر والكويت	٧٩
المبحث الرابع : دستورية المادة ٢٢٦ مدنى وما بعدها مدنى مصرى والمادة ١١٠ وما بعدها من قانون التجارة الكويتى	٩٢
المراجع	١٠٧
الفهرست	١١٠

رقم الايداع

٢٠٠٠/١٠٣٨٦

الترقيم الدولى

977 – 04 – 3031- 5

